

J.C. Fernández Rozas, “El Capítulo IV del Título Preliminar del Código civil (“Normas de Derecho internacional privado”): Veinticinco años después”, *Homenaje a Antonio Hernández Gil*, Madrid, Colegio de Abogados de Madrid, 2001, pp. 2411-2447. ISBN: 84-8004-453-5.

EL CAPITULO IV DEL TITULO PRELIMINAR DEL CÓDIGO CIVIL (“NORMAS DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO”): VEINTICINCO AÑOS DESPUÉS

Por

José Carlos Fernández Rozas
Catedrático de Derecho internacional privado
Universidad Complutense

SUMARIO: I. INTRODUCCIÓN. II. LA REFORMA DEL C.C. DE 1974 Y EL DIPR: 1. Antecedentes de la reforma del C.c. de 1974. 2. Alcance general de la reforma. III. BALANCE DE VEINTICINCO AÑOS DE UN CAPÍTULO DEL C.C. SUCESIVAMENTE CAMBIANTE: 1. La Constitución de 1978. 2. Las modificaciones posteriores del Capítulo IV del Título Preliminar del C.c. IV. VALORACIÓN SECTORIAL DEL CAPITULO IV DEL TITULO PRELIMINAR DEL C.C.: 1. Cuestiones de técnica legislativa: A) Restricción a la autonomía material del DIPr; B) Rigidez en el tratamiento de los problemas del tráfico externo. 2. Características de las “normas reguladoras”: A) Insuficiente especialización; B) Preferencia del sistema hacia la norma de conflicto bilateral; C) Pervivencia de la concepción estatutaria; D) Ausencia de una reglamentación general *ratione materiae*; E) Sistema de conexiones rígidas e inapropiadas. 3. Características de las “normas de aplicación”: A) Problemas particulares de aplicación de la norma de conflicto; B) Problemas generales de aplicación de las normas de DIPr. 4. Inexistencia de una cláusula general de remisión a los tratados internacionales. V. LA INTRODUCCIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LAS NORMAS DE DIPR DEL CÓDIGO CIVIL: 1. Interacción entre los tratados y el Capítulo IV del Título Preliminar del C.c. 2. Proyección en las denominadas “normas reguladoras”. 3. Proyección en los denominados “problemas de aplicación”. VI. CONSIDERACIONES FINALES.

I. INTRODUCCION

1. El 31 de mayo de 1974, aparecía publicado en el *B.O.E.* el Decreto 1836, que incorporaba la primera revisión sustancial de los preceptos introductorios del C.c., en unos momentos en los que la sociedad española vivía inmersa en problemas de mayor envergadura; era el preludio de un proceso de cambio sustancial para dicha sociedad y, por ende, para nuestro ordenamiento jurídico, que fuera magistralmente descrito por el autor al que estas páginas pretenden ser un modesto testimonio de admiración y de

respeto¹. La crisis económica internacional, consecuencia la subida del petróleo, comenzaba a producir sus primeros efectos en España, con la subsiguiente recesión, al tiempo que el régimen periclitaba. La oposición democrática comenzada a salir a la luz y la lectura de determinados semanarios, cuando no eran objeto de un secuestro por parte de la autoridad gubernativa, era una referencia obligada para un sector de la población cada vez más comprometido, junto a la audiencia nocturna de ciertas emisoras extranjeras. El régimen agonizaba, pero la agonía es sinónimo de lucha, de resistencia ante la muerte, y en esta misma medida el régimen legislaba en su defensa, al margen de cualquier otra consideración. Y una valoración de la reforma del Título Preliminar del C.c. de 1974 no puede realizarse asépticamente, aislada del entorno normativo de la época. Ciñéndonos al tráfico jurídico externo, resulta obligada la referencia al Decreto 522/1974, de 14 de febrero, de extranjería, manifestación palmaria de indiferencia a los derechos fundamentales de los extranjeros en España; también, a la vigencia de unos preceptos del C.c. en materia de nacionalidad basados en la defensa a ultranza del principio de unidad jurídica de la familia, donde la mujer casada o los hijos se sometían sin inflexiones a la nacionalidad del marido o del padre; y, todo esto, por no referirse al imperialismo jurisdiccional que dominaba el sector de la competencia judicial internacional, cuyo carácter exorbitante habían demostrado sus perniciosos efectos en las relaciones del tráfico privado externo vinculadas a nuestro país.

Resultaba en este contexto normativo muy difícil explicar a los estudiantes universitarios el Derecho internacional privado (DIPr) español y mucho más cuestionable estimular su interés respecto de unos problemas importados generalmente de la práctica comparada -principalmente francesa-, pues las circunstancias de nuestro país no los propiciaban especialmente. De ahí la importancia de la aparición de la primera edición del manual de J.A. Carrillo Salcedo², por enfrentarse decididamente ante los problemas propios del tráfico privado externo español y prescindir de innecesarias referencias al DIPr comparado y de inadecuados análisis exegéticos de textos del DIPr convencional, en los que España no participaba y que, con carácter muy excepcional, podían ser de aplicación por parte de nuestros operadores jurídicos. Porque si los sectores del DIPr ajenos al “Derecho aplicable”, ofrecían una reglamentación deficiente y rígida, este último constituía un auténtico páramo. La reforma del C.c. de 1974 no puso fin a esta situación, pero sería injusto ignorar que sentó sólidas bases para una reglamentación mucho más moderna, en un contexto de la reforma del C.c. operada desde 1889³. Con todo, el peso de la época en que fue redactado se ha dejado sentir muchos años después.

2. Las líneas anteriores conducen inexorablemente a la nostalgia. Pero ésta nunca podrá referirse a las normas de DIPr que introdujo el Decreto 1836/1974. Dichas normas, si bien no pueden rechazarse en bloque -puesto que todo régimen autoritario permite fisuras, y estas se registraron en abundancia a partir de la obra del Consejo de Estado y de ciertos vocales de la Comisión General de Codificación-, no han resultado especialmente apreciadas por la doctrina, han sido prácticamente ignoradas en el proceso de aplicación del Derecho por nuestros Tribunales y autoridades y, lo que es

¹ Vid. A. Hernández Gil, *El cambio político español y la Constitución*, Madrid, ed. Planeta, 1982.

² Vid. J.A. Carrillo Salcedo, *DIPr Introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1971.

³ Cf. A. Hernández Gil, “Génesis y aportaciones del nuevo Título Preliminar del Código Civil”, *Obras Completas*, t. I, Madrid, Espasa-Calpe, 1987, p. 373.

más importante, no han sido adecuadas a un sistema que en pocos años pasó de una dictadura a un régimen democrático y de un régimen económico donde la intervención estatal constituía la nota dominante a una modelo de mercado puro, con todas las consecuencias que ello lleva consigo. No se trata, en suma, de una nostalgia en lo que concierne a unas normas aparecidas en 1974, mas sí en lo que concierne al debate doctrinal a que dieron origen y en donde quien esto escribe dio sus primeros pasos como profesor universitario⁴.

II. LA REFORMA DEL C.C. DE 1974 Y EL DIPR

1. Antecedentes de la reforma del C.c. de 1974

3. Constituye un lugar común la aserción según la cual los preceptos de DIPr aparecidos en 1889 nacieron viejos⁵. También, que la entrada en vigor del C.c. de 1889 produjo una repulsa unánime de la doctrina internacionalista española, que fue adquiriendo mayor envergadura a medida que los años pasaban y se evidenciaba la necesidad de una reforma profunda de las normas de DIPr, incluidas en el Título Preliminar del C.c.⁶. Dicha repulsa había encontrado un cierto impulso al redactarse la normativa de DIPr relativa al Protectorado de Marruecos (Dahir de 1914)⁷, pero, más que por su valor intrínseco, por el hecho de que el legislador tomó como pauta las normas dictadas para la Zona francesa (Dahir de 1913). Hubo que esperar al año 1943, para que el profesor J. Yangüas Messia, Catedrático de la Universidad Central, presentase un Proyecto a la C.G.C. de reforma de los preceptos de DIPr del Título Preliminar del C.c. que sería aprobado por ésta al año siguiente⁸. Se trataba de un texto de limitado alcance, que evitaba la formulación de un cuerpo legal sistemático y completo y que mantenía una concepción ciertamente tradicional del DIPr. Esta iniciativa, empero, no tendría continuidad. Casi veinte años más tarde, y en otras

⁴ Resulta obligado aquí referirse al “Seminario Interdisciplinar para la Reforma del Título Preliminar del Código civil”, que tuvo lugar en la Universidad de Oviedo el curso académico posterior a mayo de 1974, con las consiguientes interrupciones que el lector podrá suponer, y que fue dirigido por los profesores J.D. González Campos y V. Montés Penadés. El nulo apoyo de las autoridades académicas de la época impidió desgraciadamente una publicación global de las ponencias y comunicaciones a cargo, al margen de los profesores citados de L. Díez Picazo, L.I. Sánchez Rodríguez, C. Villán Durán, M.P. Andrés Sáenz de Santa María, J.M^a Laso Prieto, M. Atienza, G. Turiel de Castro, etc... Quede, sin embargo, constancia de este esfuerzo colectivo e interdisciplinar, poco usual en la Universidad española de la época, y de la que da buena cuenta el prólogo del libro de M. Atienza y otros, *Política y derechos humanos*, Valencia, Torres, 1976.

⁵ Ello es particularmente cierto en este particular sector del ordenamiento jurídico; por ello no deben ser encuadrados en la línea argumental sustentada por A. Hernández Gil según la cual “desde el primer momento se tendió a considerar el Código civil como viejo y caduco” (Cf. “En defensa del Código civil”, *R.D.P.*, 1948, pp. 776 ss.; *id.* “El lenguaje en el Código civil”, *Obras completas*, t. 6, Madrid, 1986, pp. 367-368).

⁶ En relación con el proceso de gestación del Título Preliminar del C.c., *Vid.* M. Aguilar Navarro, *DIPr*, vol. I, t. I, 4^a ed., Madrid, SPFDUCM, 1976, pp. 558 ss.; J.M^a Castán Vázquez, “Notas para la historia de la reforma del Título Preliminar del Código civil”, *Doc. Jur.*, 1974, pp. 1.137 ss.

⁷ Dahir de 1 de junio sobre de 1914 la condición civil de los españoles y extranjeros en el Protectorado español de Marruecos, Cátedra de DIPr de la U.C.M., *Textos y materiales de DIPr*, vol. I, *Textos y documentos*, Madrid, SPFDUCM, 1970 -en adelante, *Textos y materiales*-, pp. 41-44.

⁸ Anteproyecto de reforma del Código civil aprobado por el pleno de la C.G.C. el 25 de enero de 1944, *ibid.*, pp. 45-46.

circunstancias socio-económicas muy distintas, la C.G.C. designó a otro ponente individual, el profesor J.M^a Trias de Bes, Catedrático de la Universidad de Barcelona, para elaborar un nuevo texto, que fue presentado en 1962 y que es el antecedente directo del sistema introducido en 1974⁹.

4. La historia legislativa del “Proyecto Trias” dio lugar a muchas páginas por ser un exponente de la producción normativa del anterior régimen. En síntesis puede decirse que a partir de este texto el Consejo de Estado envió a las Cortes un “Proyecto de Ley de Bases”¹⁰ que fue recibido con cierta hostilidad por los procuradores orgánicos, toda vez que se presentaron 38 enmiendas, diez de ellas a la totalidad, aplazándose el debate hasta 1972. Dentro de las enmiendas cabe destacar la del procurador Angulo Montes por ser la más perfecta técnicamente. Los trabajos en las Cortes dieron como resultado la Ley 3/1973, de 17 de marzo, de Bases para la modificación del Título Preliminar del C.c., que se refería expresamente (Base 4^a) a los “conflictos” internacionales de leyes¹¹. A partir de aquí la C.G.C. elaboró por delegación del Gobierno un texto articulado que sería dictaminado por el Consejo de Estado, donde tuvo una importante participación el Letrado M. Herrero Rodríguez de Miñón. No hay que olvidar que una parte sustancial del informe elaborado por este alto organismo influyó decisivamente en el capítulo específico del DIPr¹². Al remitirse el dictamen al Ministerio de Justicia se produjo un nuevo debate en el que intervinieron algunos miembros de la C.G.C., aunque no actuaron como tales, y donde fue decisiva, en lo que respecta al DIPr, la intervención de A. Bercovitz Rodríguez-Cano quien, inmejorablemente asesorado, forzó muchas veces obsoletos e inadecuados mandatos que figuraban en la Base 4^a, logrando introducir las reformas más innovadoras y progresistas de los preceptos en vigor, que fueron

⁹ Capítulos IV y V del Anteproyecto de Ley de reforma del Título Preliminar del C.c. de 14 de noviembre de 1962, *ibid.*, pp. 47-53. *Vid.* los comentarios de A. Miaja de la Muela, “Riflessioni sull'elaborazione di un nuovo sistema spagnolo de diritto internazionale privato e di diritto interregionale”, *Dir. int.*, vol. XVII, 1963, pp. 307-340 (texto castellano en el *Libro homenaje al Dr. Serrano Serrano*, II, Valladolid, 1965, pp. 607-642). La labor de J.M^a Trias de Bes en esta importante reforma fue oportunamente destacada por A. Hernández Gil en “Génesis y aportaciones...”, *loc. cit.*, p. 378.

¹⁰ Bases 4^a a 6^a del Proyecto de Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del C.c., de 4 de octubre de 1966, *Textos y materiales*, pp. 53-55.

¹¹ Sobre la Ley 3/1973, de 17 de marzo de Bases para la modificación del Título Preliminar C.c. (*B.O.E.*, 21-III-73; *Riv. dir. int. pr. proc.*, vol. IX, 1973, pp. 491-496), *Vid.* P.A. Ferrer Sanchís, “La revisión del Título Preliminar del Código Civil español, en especial, del sistema de DIPr”, *Jurídica*, núm. 5, 1973, pp. 221 ss.; E. Ruíz Vadillo, “Comentario a la Ley de Bases para la modificación del Título Preliminar del Código civil”, *R.G.D.*, núm. 29, 1973, pp. 506-512 y 618-644; J.A. Tomás Ortiz de la Torre, “El nuevo sistema conflictual español: algunas observaciones a su contenido”, *R.G.L.J.*, t. LXIX, 1974, pp. 401-435; R. Viñas Farré, “Le nuove basi del diritto internazionale spagnolo”, *Bolletino Informativo dell'Istituto Giuridico Spagnolo in Roma*, 1973, pp. 10-19.

¹² Como pusiera de relieve A. Hernández Gil, refiriéndose a la labor del Consejo de Estado consistente, por lo general en la época “en comprobar la legalidad que ha de resultar de la concordancia del texto articulado con la Ley de Bases de la que es desarrollo”, quedó en este caso desbordada. En su opinión el Consejo, “extremando sus propósitos de colaboración, no se limitó al cumplimiento de esa labor estricta, sino que, acogiendo en términos amplios a lo dispuesto en el artículo 40 de la Ley Orgánica del Estado, reconsideró la totalidad del texto y formuló reparos y sugerencias cuyo alcance excede notoriamente al control de la legalidad”. A este efecto de “realizó un minucioso estudio de las reglas de derecho internacional privado, advirtiendo la falta de algunas y propugnando la sustitución, a estos fines, del criterio de la nacionalidad y el domicilio por el de la residencia habitual” (*Cf.* “Génesis y aportaciones...”, *loc. cit.*, pp. 376-377).

aprobados por el Decreto 1836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de ley el texto articulado del Título Preliminar del C.c.¹³.

En toda gran obra codificadora, como la efectuada en 1974, figuran nombres relevantes. Sin embargo la perspectiva de los años debe ofrecer luz sobre los fríos datos nominalistas fruto de la presencia formal en instancias codificadoras mas sin efectiva y eficaz aportación. Si la reforma del C.c. portugués de 1966 se debió a la impronta del profesor J. Baptista Machado, la del C.c. mexicano de 1987 al profesor L. Pereznieto Castro¹⁴ o la Ley de DIPr venezolana de 1998 a los profesores G. Parra Aranguren y T. de Maekelt, los preceptos del DIPr español registra dos nombres propios: M. de Angulo Rodríguez en la fase de la Ley de Bases y J.D. González Campos en la etapa de redacción del texto articulado. Su labor quedó constreñida, sin embargo, a los limitados cauces que permitió el peculiar proceso de reforma legislativa efectuado en 1974.

2. Alcance general de la reforma

5. La reforma del C.c. efectuada por el Decreto 1836/74, de 31 de mayo sustituyó el enunciado de su “Título Preliminar”, intitulado “De las Leyes, de sus efectos, y de las

¹³ Un balance global de la reforma se encuentra en las siguientes obras colectivas: *Anuario de la Escuela Judicial*, vol. XI, 1974, dedicado a “Las normas de DIPr en el Título Preliminar del Código civil”; *Comentarios a las reformas del Código civil*, 2 vols., Madrid, Tecnos, 1977; M. Albaladejo, ed., *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, Madrid, Edersa, 1977 y sobre todo, la 2ª ed. que conforma el vol. II del t. I, Madrid, Edersa, 1995; Academia Matritense del Notariado, *El Título Preliminar del Código civil*, 2 vols., Madrid, Edersa, 1977; E. Pérez Vera, *DIPr español. Parte especial*, Madrid, Tecnos, 1980; y los siguientes estudios: J.A. Carrillo Salcedo, “Le nouveau droit international privé espagnol”, *Ann. suisse dr. int.*, vol. XXXII, 1976, pp. 9-35; J. Mª Castán Vázquez, “La réforme du titre préliminaire du Code Civil espagnol”, *Rev. int. dr. comp.*, 1974, pp.835-844; J.A. Cremades Sanz-Pastor, “Droit international privé”, *J. Cl. dr. comp.*, Législation comparée, Espagne, fasc. 11, 1974, pp. 257-296; B.M. Cremades y A. Maceda, “Das neue spanische IPR”, *R.I.W.*, 1975, pp. 375-379; J.C. Fernández Rozas, *Tráfico jurídico externo y sistema de DIPr*, 2ª ed. rev., Oviedo, Apel, 1985, pp. 173-180; *id.*, “Private International Law”, *Spanish Business Law* (B.M. Cremades ed.), Deventer, Kluwer, 1985, pp. 51-70; P. González Botella, “El nuevo Título Preliminar del Código civil”, *Boletín del Real e Ilustre Colegio de Abogados de Zaragoza*, núm. 55, octubre 1974; M. Herrero Rodríguez de Miñón, “Marginales al nuevo Título Preliminar del Código civil”, *R.E.D.A.*, 1974, pp. 359-391; *id.*, “Aspectos constitucionales del nuevo Título Preliminar del Código civil”, *R.E.P.*, núm. 198, 1974, pp. 89-112; J.L. Iglesias Buhigues, “Le nouveau système de règles de conflit du droit international privé espagnol”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1976, pp. 397-423; A. Marín López, “El DIPr en el Título Preliminar del Código Civil”, *Revista Profesional del Ilustre Colegio de Abogados de Granada*, núm. 98, 1974, pp. 419-433; M.C. Paglia, “Comentarios a las normas de DIPr español en el nuevo Título Preliminar del Código Civil”, *Gaceta del Notariado* (Rosario), núm. 71, 1977, pp. 131 ss.; F. Sánchez-Apellániz Valderrama, “La reforma del sistema español de DIPr”, *Doc. Jur.*, 1974, pp. 1137-1157; E. Serrano Alonso, “Aproximación al Título Preliminar del Código Civil”, *Boletín del Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo*, núm. 8, 1974 (anexo); B. von Hoffman y A. Ortiz-Arce, “Das neue spanische internationale Privatrecht”, *Rabels Z.*, 1975, pp. 647-491 (texto modificado castellano en *R.E.D.I.*, vol.XXX, 1977, pp. 57-89).

¹⁴ Nos referimos a los tres Decretos mexicanos de 11 de diciembre de 1987, en los que estuvo muy presente el dinámico Seminario Nacional de DIPr mexicano que en su décima sesión encargó a L. Pereznieto Castro la elaboración de un Anteproyecto para la reforma del C.c. (*Vid.* L. Pereznieto Castro, “Anteproyecto de reformas al Código civil para el Distrito Federal en Materia de DIPr”, *Undécimo Seminario Nacional de DIPr, México*, 1989, pp. 19-25). Sobre el sistema vigente *Vid.* L. Péreznieto Castro, *DIPr, op. cit.*, pp. 184 ss; *id.*, “Réformes législatives en matière de droit international privé au Mexique”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1989, pp. 597 ss y E. Pecourt y C. Esplugues Mota, “Notas sobre la reforma del sistema mexicano de DIPr”, *REDI*, vol. XLII, 1990, pp. 723-733

reglas generales para su aplicación”, por una rúbrica mucho más congruente: “De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”¹⁵. Al mismo tiempo dividió la materia regulada en cinco capítulos, dedicando el cuarto (arts. 8 a 12) a las “Normas de DIPr”. Apareció así, por vez primera en el C.c. español, una referencia al ordenamiento jurídico regulador de las relaciones del tráfico privado externo. Dicha referencia supuso, indudablemente, un cambio de concepción del legislador, que pasó de un enfoque en el que subsistía un componente “publicista” y “normativista” -donde el acento se ponía en las relaciones entre Estados soberanos y en los “conflictos” entre distintas leyes en presencia respecto a la regulación de un caso determinado de “Derecho civil”-, a una concepción “privatista” cuyo punto de partida será radicalmente diverso. A partir de 1974, se introduce, en rigor, un sistema normativo que tomará como referencia una serie de hechos y relaciones de la vida real que se hallan vinculados con distintos órdenes jurídicos, entre ellos el español, y que, por este hecho, deben tener una respuesta por parte de nuestro ordenamiento.

Las nuevas normas pusieron fin una determinada concepción, basada en “las leyes y sus efectos” en el espacio, que se acomodaba a la tradicional “teoría de los estatutos”, “hasta donde sea conveniente”, de conformidad con lo establecido en la Base 2ª de la Ley de 11 de mayo de 1888, que fijaba las bases para la publicación del Código civil¹⁶, el nuevo sistema se caracterizará, en términos generales, por una reglamentación de carácter bilateral. Los preceptos elaborados en 1974 se configuran, según establece la Exposición de motivos del Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, por el que se sanciona con fuerza de Ley el Texto Articulado del Título Preliminar del C.c., “no en términos unilaterales preocupados sólo del Derecho español, sino de una manera completa con vistas a determinar, según nuestro ordenamiento, cual es el Derecho, propio o extranjero, aplicable”¹⁷. Dicho de otro modo, estamos ante un conjunto de normas dictadas por nuestro legislador, “de DIPr”, cuyo cometido es la reglamentación de la vida jurídica internacional de los operadores jurídicos; estas normas diferencian de las denominadas “normas de Derecho material”, que reglamentan situaciones jurídicas conectadas únicamente con el ordenamiento español.

6. Pese a este indudable avance del legislador de 1974, frente a la situación anterior, “insuficiente de suyo y desfasada por los cambios operados en las realidades sociales y políticas, en la técnica y en el propio régimen de convivencia e intercambio apreciable en las personas y en los pueblos” no se consiguió una reforma satisfactoria. Baste referirse a que no albergó “la certidumbre de haber logrado una regulación completa y siempre satisfactoria de las múltiples situaciones jurídicas que con tanta riqueza y variedad de matices ofrece el mundo de nuestro tiempo”¹⁸. En efecto, la propia rúbrica del Capítulo IV suscita con carácter introductorio una crítica de carácter global. Y es

¹⁵ Cf. M. Batlle Vázquez, en *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, Madrid, Edersa, 1978, pp. 39-40.

¹⁶ Sumamente expresiva de esta concepción es la rúbrica dedicada por J. Castán Tobeñas a esta materia, que se refiere a los “Límites de la eficacia de las normas jurídicas en el espacio” (Cf. *Derecho civil español, común y foral*, 10ª ed., t. I, vol. I, Madrid, Reus, 1962, pp. 470 ss.).

¹⁷ Contrariamente ese propósito de bilateralidad, algunas normas contenidas en el Capítulo IV del Título Preliminar del C.c. incluyen técnicas de reglamentación alternativas que integran en sí mismas la consecuencia jurídica o efecto sustancial (Cf. P. Rodríguez Mateos, “Una perspectiva funcional del método de atribución”, *R.E.D.I.*, vol. XL, 1988, pp. 85 ss.).

¹⁸ Cf. Exposición de Motivos del Decreto 1836/74.

que los arts. 8 a 12 C.c. aluden a un aspecto muy limitado del ordenamiento jurídico conocido con el nombre de “DIPr”, entendido como el conjunto de principios y normas que regulan las situaciones internacionales. Dichos preceptos determinan, de manera muy parcial, cuál es el Derecho aplicable, entre diversos ordenamientos en presencia, para determinar el ejercicio de los derechos subjetivos de los supuestos de la vida privada internacional, pero ignoran aspectos de mayor relevancia si cabe. En concreto, la ordenación de los casos en los que los Tribunales españoles pueden conocer de litigios que incorporan un elemento de extranjería (competencia judicial internacional), o aquellos en donde la presencia de un extranjero condiciona el régimen del procedimiento o, finalmente, la determinación de la eficacia que tienen en España las decisiones judiciales dictadas por Tribunales extranjeros. Se trata de cuestiones esenciales a un ordenamiento cuya función es una “respuesta global” a los problemas del tráfico privado externo y no la solución de un eventual “conflicto de leyes”, que en el ordenamiento jurídico español han descansado, desde sus orígenes, en cuerpos normativos diversos. En definitiva, el Capítulo IV, no agotó con mucho, las normas del DIPr español, ni siquiera las generadas por nuestro propio legislador pues la característica de nuestro actual sistema obedece básicamente a normas contenidas en tratados internacionales.

7. Y es que en el DIPr español han existido y existen diversos procedimientos de producción normativa, que han adquirido en los últimos años un protagonismo decisivo y que están confiriendo el Capítulo IV del Título Preliminar del C.c. un carácter cada vez más residual. Puede afirmarse que la impronta de generalidad con que fueron redactados los arts. 8 a 12 C.c., en un momento histórico determinado, con una vocación de responder al ordenamiento jurídico español en su conjunto, ha perdido gran parte de su eficacia originaria. No sólo porque estamos ante un “polisistema” en cuya cúspide esta la C.E. de 1978, que incide en todos los sectores jurídicos incluidos el DIPr, desplazando el papel protagonista que hasta tiempos recientes desempeñó el Título Preliminar del C.c., sino porque España participa activamente en un proceso de cooperación internacional, que se traduce no sólo en la participación activa en convenios internacionales reguladores del tráfico privado externo, sino por su pertenencia a un círculo jurídico integrado, la Unión Europea, lo que ha supuesto una auténtica revolución desde el punto de vista de los cauces de elaboración de normas jurídicas¹⁹. Y la consecuencia real no es otra que la dispersión normativa de nuestro sistema de DIPr. De ahí que el Capítulo IV del Título Preliminar del C.c. haya perdido el papel protagonista que poseía tan sólo hace veinticinco años.

III. BALANCE DE VEINTICINCO AÑOS DE UN CAPITULO DEL C.C. SUCESIVAMENTE CAMBIANTE

1. La Constitución de 1978

8. El hito fundamental de los últimos veinticinco años para todo el ordenamiento

¹⁹ Vid. J.C. Fernández Rozas, “Nuevas perspectivas de la cooperación en el ámbito de la justicia en la Unión Europea”, *Los dos pilares de la Unión Europea*, Madrid, Colección Veintiuno, 1997, pp. 239-267P; A. de Miguel Asensio, “Integración europea y Derecho internacional privado”, *Revista de Derecho comunitario europeo*, vol. 1997-1, pp. 413-445; *id.*, “El Tratado de Amsterdam y el Derecho internacional privado”, *La Ley (Unión Europea)*, núm. 4510, de 30 de marzo de 1998, pp. 1-3.

jurídico español, y el DIPr no podía quedar inmune, ha sido el proceso de transición democrática que trajo consigo la Constitución de 1978. Este texto fundamental tuvo la virtud de poner fin a una tradición inspirada en las primeras etapas del constitucionalismo, que ponía el acento exclusivo en la dimensión orgánica del ordenamiento jurídico. Nuestra Norma Fundamental refleja, por el contrario, una serie de valores²⁰ y contiene unas regulaciones de carácter directo o indirecto respecto de las cuales el DIPr y, en concreto, las normas contenidas en el Capítulo IV del Título Preliminar del C.c., no han sido inmunes. La C.E. de 1978 sirvió, en efecto, para “depurar”, fundamentalmente en virtud de los arts. 14, 16, 32.2º y 39.2º, algunas soluciones hasta entonces vigentes en el referido Capítulo IV y ha demostrado la necesidad de introducir nuevas instituciones²¹. Con ello se puso de relieve que las normas relativas al tráfico externo no poseían ese carácter neutro que se afirmaba a principios del presente siglo²², y que se reafirmaba con su presencia en los Títulos Preliminares de los Códigos civiles. Por el contrario, los valores que la Constitución incorpora impregnan todo el sistema de DIPr²³ y esta idea adquiere en la hora presente un máximo significado en el contexto del denominado “polisistema”, integrado por distintos cuerpos legales, cuyo eje principal, como se ha indicado, es la Constitución.

De la profunda conversión de un “sistema” de DIPr tras la entrada en vigor de una Constitución democrática fue paradigmática la repercusión de la Constitución de 1931 sobre el DIPr español²⁴. Mas prescindiendo de este precedente, resulta obligada una referencia, en nuestro vigente orden constitucional, a su relevancia en orden a las fuentes de nuestro DIPr y, por ende, a su repercusión en las normas del Capítulo IV del Título Preliminar del C.c.

9. Desde la perspectiva de la distribución de competencias entre el Estado y las Comunidades Autónomas que, de acuerdo con el art. 149.1.8º C.E., la creación de normas de DIPr es materia que pertenece a la competencia exclusiva del Estado²⁵. Hay pues Derecho estatal en todo el área del DIPr de acuerdo con las previsiones

²⁰ Vid. A. Hernández Gil, “La Constitución, el Derecho, el Ordenamiento y los valores”, *Obras completas*, t. I, pp. 401-452.

²¹ Cf. J.D. González Campos, “Prólogo” a la obra a A. Arce Janáriz, *Comunidades Autónomas y conflictos de leyes*, Madrid, Civitas, 1987, p. 11.

²² Y que se refleja en la conocida máxima de M. Gutzwiller, según la cual, “el DIPr es totalmente ajeno a consideraciones materiales” (Cf. “Le développement historique du droit international privé”, *R. des C.*, t. 29 (1929-IV), p. 376).

²³ Cf. F. de Castro y Bravo “La Constitución española y el DIPr”, *R.D.P.*, t. XIX, 1932, p. 74.

²⁴ En la doctrina española los trabajos más representativos del sistema de la C.E. de 1931 son los siguientes: F. de Castro, *ibid.*, pp. 74-78; J.R. de Orúe, “Preceptos internacionales en la Constitución de la República Española”, *R.G.L.J.*, t. 160, 1932, pp. 385-465; J. Puente Egido, “Influencia del Derecho constitucional en la configuración de nuevas reglas de conflicto: examen de la jurisprudencia civil de nuestro Tribunal Supremo de 1933 o 1937 en la determinación de la ley aplicable a las relaciones personales entre cónyuges”, *R.E.D.I.*, vol. XXV, 1972, pp. 327-348.

²⁵ En los debates parlamentarios que dieron como resultado el texto constitucional hubo un serio intento de sustituir la expresión actual del art. 149.1.8º “normas para resolver conflictos de leyes”, por la de “normas de DIPr” (Enmienda núm. 697 del G.P. Comunista: “regulación de las relaciones jurídico-civiles en lo que se refiere a: (...) d) El DIPr y, en particular, los conflictos de leyes entre las distintas legislaciones civiles de España”, *Constitución española. Trabajos parlamentarios*, vol. I, Madrid, 1980, p. 429). Ello hubiera evitado ulteriores problemas; en cualquier caso, “el sentido de la dicción constitucional parece apuntar en la misma dirección” (Cf. A. Arce Janáriz, *Comunidades Autónomas...*, *op. cit.*, p. 106).

constitucionales, que se justifica en la unidad del ordenamiento jurídico y que presupone que los diversos subsistemas que lo integran guardan una cohesión en su conjunto²⁶.

10. Al hilo de lo dispuesto en el art. 9.3º C.E., el ordenamiento español reposa en los principios de legalidad, jerarquía normativa y seguridad jurídica, lo que implica una importante consecuencia: que el DIPr se configura en “base legal”, lo cual limita, en principio, la acción de nuestros Tribunales encaminándola hacia soluciones basadas en la seguridad jurídica. Ahora bien, si esta es la regla general, la C.E. no supone un freno para soluciones basadas en la justicia del resultado. Realmente, no impide que el legislador pueda utilizar la técnica de las denominadas “normas flexibles”, satisfacer determinados intereses de política legislativa a través del empleo de normas de conflicto materialmente orientadas²⁷, o del establecimiento de determinados foros de competencia judicial internacional de carácter concurrente. Es más, la justicia del resultado puede obtenerse también en el proceso de aplicación de las normas que introduce, como ha resaltado J.D. González Campos, una nota de “relatividad” en la exigencia de seguridad jurídica dentro del ámbito del DIPr²⁸. Puede afirmarse, de esta suerte, que la C.E. no cercenó el papel del juez, al permitirle un gran margen de apreciación en la solución del supuesto preciso.

11. La propia C.E. permite extender aún más el ámbito del principio que examinamos. En términos más generales y abstractos cabe pensar que si el Preámbulo y el Título Preliminar de nuestra norma fundamental configuran a España como un Estado que propugna como uno de los valores esenciales de su ordenamiento jurídico la igualdad, ello necesariamente se traduce, en el plano de la reglamentación de la vida privada de las personas, en una mayor equilibrio entre la *lex fori* y el Derecho extranjero²⁹ y en el abandono de las viejas aspiraciones del imperialismo jurisdiccional³⁰. Si cada sistema de DIPr autónomo ofrece una filosofía de las relaciones privadas internacionales que está anclada en el “ser” de sus principios básicos, puede afirmarse que la C.E., ajena por completo a autarquías y a xenofobias, está presidida por una *policy* diferente de la que informaba el anterior sistema de DIPr, y esta *policy*, indudablemente, gira en torno a la igualdad, no sólo en el trato entre las partes, sino entre el Derecho extranjero y el Derecho del foro.

12. Al margen de la incidencia del principio de igualdad, resulta obligada una alusión a la repercusión que ha tenido la C.E. sobre nuestro sistema de DIPr al introducir algunas instituciones y modificar otras existentes con anterioridad³¹. Del

²⁶ *Ibid.*, p. 94.

²⁷ Cf. P. Rodríguez Mateos, *loc. cit.*, pp. 120-125.

²⁸ Cf. J.D. González Campos, *DIPr. Introducción*, Madrid, UAM, 1984, pp. 156-157.

²⁹ Vid. J.C. Fernández Rozas, “Art. 12.6º”, *Comentarios al Código civil y Compilaciones forales*, t. I, vol. II, *op. cit.*, pp. 979-981.

³⁰ Situación esta última que ha recibido una respuesta afortunada con la publicación de la L.O.P.J. de 1985 y, en concreto, de su art. 22.

³¹ Para una visión del proceso de reforma constitucional Vid. J.D. González Campos, “El Anteproyecto de Constitución y el DIPr español”, ponencia presentada en la *Reunión de Profesores de Derecho internacional, sobre el tema Constitución y Derecho internacional*, Madrid, 9-10 febrero 1978. Acerca de las relaciones entre la C.E. de 1978 y el DIPr español Vid. R. Arroyo Montero, “DIPr y Constitución: proyección en la Jurisprudencia española de la doctrina del Tribunal Constitucional

primer caso es particularmente significativa la influencia del principio de la no confesionalidad en el ámbito matrimonial. Hasta la Constitución el sistema descansaba en la observancia de la doctrina de la Iglesia Católica, que inspiraba directamente la normativa española, en la confesionalidad del Estado y en la consideración de la familia como institución natural y fundamento de la sociedad³². No obstante, las consecuencias jurídicas de las normas constitucionales y, en particular, del art. 32.2º han impulsado una reforma sustancial del Derecho de familia, singularmente a través de la Ley 30/1981, de 7 de julio, por la que se modifica la regulación del matrimonio en el C.c. y se determina el procedimiento a seguir en las causas de nulidad, separación y divorcio, que no solamente ha afectado al ámbito material, sino al propio del DIPr en una triple dimensión: Derecho aplicable (art. 107.1º C.c.), reconocimiento y ejecución de sentencias (art. 107.2º C.c.) y competencia judicial internacional (Disposiciones adicionales de la Ley 30/1981, que más tarde serían sustituidas por el art. 22 L.O.P.J.)³³. Del segundo caso, en relación con la forma del matrimonio, los arts. 14, 16 y 32 C.E. han tenido reflejo en la redacción de los arts. 49 a 51, 65 y 80 C.c. dada por la citada Ley 30/1981, aunque la reforma no haya sido todo lo satisfactoria que hubiera sido de desear; desde el momento en que el C.c. atribuye efectos civiles a la celebración del matrimonio en forma religiosa se genera una situación que, como ha apuntado J.D. González Campos, no puede quedar aislada de un presupuesto: la *professio religionis* de los contrayentes, lo que es claramente contrario a los presupuestos del mandato constitucional (art. 16.2º)³⁴. Sin embargo, ofrece una mayor entidad la incidencia de la C.E. en el sistema de conexiones de las normas contenidas en el Capítulo IV del Título Preliminar del C.c. que, pese a la posición contraria de cierto sector de la doctrina

Federal de Alemania”, *R.E.D.I.*, vol. XL, núm. 2, 1988, pp. 89-103; J.A. Carrillo Salcedo, “L’evolution du droit international privé espagnol depuis la réforme de 1974”, *Travaux Com. fr. dr. int. pr. (1991-1993)*, París, Pédone, 1994, pp. 122-127; J.Mª Espinar Vicente, “Constitución, desarrollo legislativo y DIPr”, *R.E.D.I.*, vol. XXXVIII, 1986, pp. 109-134; M. Fernández Fernández, “Reencuentro con la jurisprudencia republicana en materia de divorcio internacional”, *Bol. Ilustre Colegio de Abogados de Oviedo*, núms. 20 y 21, 1984, pp. 107-121.

³² Cf. J.A. Carrillo Salcedo, “L’evolution du droit international privé espagnol...”, *loc. cit.*, pp. 123-124.

³³ Vid. sobre los antecedentes, J.A. Tomás Ortiz de la Torre, “Incidencia de las reglas de conexión del proyecto de ley sobre matrimonio y divorcio”, *R.G.L.J.*, t. LXXX, 1980, pp. 151-168; *id.*, “La anunciada ley del divorcio y la problemática de DIPr”, *R.D.P.*, 1979, pp. 1.006-1.025. En torno a la reglamentación vigente Vid. A. Bonet Navarro, “Disposiciones adicionales”, *Matrimonio y divorcio. Comentarios al nuevo Título IV del Libro Primero del Código civil*, Madrid, Civitas, 1982, pp. 953-961; J.A. Carrillo Salcedo, “La nouvelle réglementation du mariage dans le droit international privé espagnol”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1983, pp. 1-35, esp. pp. 19 ss.; J.D. González Campos y P. Abarca, “Art. 107”, *Matrimonio y divorcio...*, *op. cit.*, pp. 907-931; J. Lisbonne, “A propos de la loi espagnole sur le divorce: quelques réflexions de droit international privé et comparé”, *Rev. dr. int. dr. comp.*, 1981, pp. 420-425; V.L. Simó Santoja, “Aspectos internacionales del divorcio en España”, *Estudos en homenagem ao prof. doutor A. Ferrer-Correia*, vol. I, Coimbra, 1986, pp. 755 ss.; Mª L. Trinidad García, “Cuestiones de divorcio en el DIPr francés y español: algunas precisiones de un análisis comparativo”, *Las relaciones de vecindad*, Bilbao, Serv. Edit. Univ. del País Vasco, 1987, pp. 499-524.

³⁴ Vid. una valoración crítica de la Ley 30/1981 en J.A. Carrillo Salcedo, “La nouvelle réglementation du mariage dans le droit international privé espagnol”, *loc. cit.*, pp. 1-35; J.Mª Espinar Vicente, “De la forma de celebración del matrimonio (arts. 49.2º y 50 C.c.)”, *Comentarios a las reformas del Derecho de familia*, vol. I, Madrid, Tecnos, 1984, pp. 205-213; *id.*, “La celebración del matrimonio en el DIPr español. Una aproximación a los requisitos sustanciales”, *R.E.D.I.*, vol. XXXVI, 1984, pp. 93-102; J.D. González Campos, *DIPr. Parte especial*, 6ª ed. rev., Madrid, Eurolex, 1995, núms. 401 ss.

científica³⁵ y registral³⁶, han experimentado sustanciales modificaciones a través de sucesivas reformas del mencionado Capítulo. Además, a partir de la Constitución el matrimonio canónico no constituye la única forma religiosa legalmente prevista y, a tal efecto, las Leyes 24, 25 y 26/1992, de 10 de noviembre, han reconocido validez legal a las formas evangélica, hebrea y musulmana para los matrimonios que se celebren en España³⁷.

2. Las modificaciones posteriores del Capítulo IV del Título Preliminar del C.c.

13. Indiscutiblemente la Constitución de 1978 incidió decisivamente en ciertas soluciones particulares que eran especialmente injustificadas, por afectar al principio de igualdad de sexos. Tras un periodo en que se generó una rica polémica acerca de la derogación automática de las conexiones discriminatorias y la necesidad de proceder a llenar el subsiguiente vacío legal, el legislador español optó por adaptarlas a los valores constitucionales. Con un incomprensible retraso de casi diez años, los valores constitucionales contenidos en los arts. 14 y 39.2º C.E. y referidos a la igualdad jurídica y protección del hijo se proyectaron en la sustancial reforma de los párrafos 4º y 5º del art. 9 C.c. operada por la Ley 21/1987, por la que se modifican determinados artículos del C.c. y de la L.E.C. en materia de adopción; a partir de aquí los nuevos parámetros del DIPr de la filiación serán: estar, con carácter unitario, a la ley nacional del hijo en orden al establecimiento de la filiación, la protección del interés del menor, con un oportuno tratamiento judicial del problema y, en lo que concierne a los problemas de Derecho transitorio que la aplicación de las nuevas normas suscita, estar, en todo caso, *al favor filii*³⁸. Posteriormente, la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor modificaría a través de su disposición final segunda los incisos tercero y cuarto del párrafo 5º del art. 9 C.c., introduciendo un nuevo inciso quinto en un intento de acomodar el precepto a los Convenios internacionales, señaladamente al Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993, relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, ante el auge que ha experimentado esta figura durante los últimos años.

14. Aún quedaban dispersos en el Título Preliminar del C.c. una serie de preceptos discriminatorios entre sexos, con independencia de que, en rigor, debieran haber sido considerados derogados por la C.E. Esta labor de adaptación se ha completó con la reforma operada por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, sobre reforma del C.c. en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo, que otorgó una nueva redacción a los arts. 9.2º y 3º C.c., sustituyendo la anterior conexión discriminatoria por

³⁵ Cf. L. Díez Picazo, "El principio de la unidad jurídica de la familia y la nacionalidad", *A.D.C.*, t. XXXVI, 1983, pp. 691-701.

³⁶ Instrucción D.G.R.N. de 16 de mayo de 1983 (*B.O.E.*, 20-V-83), con nuestras críticas en "Anotaciones a la Instrucción de 16 de mayo de 1983 de la D.G.R.N. sobre la nacionalidad español", *A.D.C.*, t. XXXVI, 1983, ppp. 1299-1319).

³⁷ Vid. I. García Rodríguez, *La celebración del matrimonio religioso no católico*, Madrid, Tecnos, 1999.

³⁸ Vid. S. Álvarez González, *Filiación hispano-suiza. Sistemas de DIPr y relaciones concernientes a la emigración española*, León, Secr. Publ. Universidad, 1989, pp. 170 ss.; N. Bouza Vidal, "La nueva Ley 21/1987 de 11 de noviembre y su proyección en DIPr", *R.G.L.J.*, 1987, pp. 897-931; J.D. González Campos, *DIPr Parte especial, op. cit.*, núms. 508 ss.

otras más acordes con los valores constitucionales³⁹. En cualquier caso, como ha señalado J.D. González Campos, se trata de revisiones de pura “depuración” de las normas del ordenamiento contrarias a la C.E. que poseen escasa trascendencia desde una perspectiva global de modernización del sistema español de Derecho aplicable.

IV. VALORACION SECTORIAL DEL CAPITULO IV DEL TITULO PRELIMINAR DEL C.C.

1. Cuestiones de técnica legislativa

A) Restricción a la autonomía material del DIPr

15. La regulación del Capítulo IV del Título Preliminar del C.c. no tomó en consideración los criterios inspiradores de la codificación interna e internacional existentes en 1974 más que con carácter residual. El estrecho marco que había trazado la Ley de Bases de 1973 no permitió a algunos vocales de la C.G.C., que eran conscientes de la trascendencia de la reforma, adaptarse a las nuevas corrientes del DIPr, salvo casos aislados. De esta suerte, el texto final fue un híbrido entre la influencia italiana del “Proyecto Yangüas” (no en vano este autor tomó como punto de referencia el C.c. italiano de 1942), y ciertas aportaciones procedentes del ámbito convencional y comparado (principalmente del C.c. portugués de 1966) introducidas por el vocal de la C.G.C. A. Bercovitz. Dichas aportaciones, empero, no lograron socavar los elementos básicos del sistema, que nació con varias décadas de retraso.

De una comparación respecto a las modernas codificaciones estatales de DIPr, sobre todo en el área europea, pueden establecerse una serie de características globales del sistema introducido en 1974, de marcado carácter negativo. La primera pone el acento en la técnica de codificación utilizada y registra el hecho de que las normas relativas a los “conflictos de leyes” han ido desapareciendo paulatinamente de los Códigos civiles para irse a integrar en Leyes especiales. Esta tendencia, iniciada en el círculo de los antiguos países socialistas y generalizada en otros círculos jurídicos, figurando en los proyectos de codificación en curso, no fue seguida en su día por el legislador español. Dentro de Europa occidental y en América Latina destaca una marcada tendencia a la especialización en orden a la reglamentación del tráfico jurídico externo con independencia de la sede elegida para llevarla a cabo. En cualquier caso, en los últimos años, y salvo la experiencia de la Ley de la R.F. de Alemania de 25 de julio de 1986, modélica en su género, incluso por la realista técnica legislativa utilizada, la tendencia se inclina, como se ha indicado, hacia la elaboración de Leyes Especiales de DIPr como demuestran la Ley austríaca de 15 de junio de 1978, la Ley turca sobre DIPr y el procedimiento internacional de 20 de mayo de 1982 y, sobre todo, los paradigmas de la moderna codificación, la Ley federal suiza sobre D.I.Pr, de 18 de diciembre de 1987 y la Ley italiana de DIPr de 31 de mayo de 1995, junto con la Ley venezolana de

³⁹ Vid. M.A. Amores Conradi, “La nueva ordenación de la ley aplicable a los efectos del matrimonio”, *Revista Jurídica de Castilla-La Mancha*, núms. 11-12, 1991, pp. 39-72; A. Borrás Rodríguez, “No discriminación por razón de sexo: DIPr español”, *A.D.C.*, t. XLIV, 1991, pp. 233-249; *id.*, “La Ley 11/1990, de 15 de octubre: de la no discriminación por razón de sexo a la discriminación entre los ordenamientos jurídicos”, *R.E.D.I.*, vol. XLIII, 1991, pp. 272-275; J.D. González Campos, “Proposición de Ley de reforma parcial del Título Preliminar del C.c. (arts. 9, apartados 2 y 3 y 14)”, *R.E.D.I.*, vol. XLI, 1989, pp. 679-681.

DIPr de 1998, aunque esta última, con una proyección parcialmente distinta.

16. Conforme a este cauce normativo el DIPr no sólo gana autonomía material, sino que se posibilita una reglamentación minuciosa de materias que, hasta la fecha, habían quedado en la órbita de la elaboración jurisprudencial. Además, ofrece evidentes ventajas de certeza y de previsibilidad en las relaciones del tráfico externo⁴⁰. Y, por último, permite una regulación del DIPr en su conjunto; en efecto, el actual proceso de codificación se caracteriza por una atención especial a las relaciones entre la competencia judicial y la competencia legislativa; dentro de los múltiples ejemplos que podrían citarse (Ley turca de 1982, Ley de Quebec de 1991...), destaca la Ley suiza de 1987 y, en concreto, su estructura tripartita en la que la determinación de la competencia judicial internacional precede a la elección de la ley aplicable en cada uno de los capítulos, concluyendo éstos con una referencia al reconocimiento y ejecución de sentencias.

17. El cauce de la “Ley Especial”, sin embargo, no es el único y admite otras posibilidades codificadoras de desigual alcance. Cabe retener aquí el método de “codificación parcial”, que ofrece tres manifestaciones principales. La primera, objeto de numerosas críticas, sería aprovechar las sucesivas reformas del Derecho material para introducir normas de DIPr; es la seguida por el legislador francés a través de las reformas del C.c. efectuadas por la Ley núm. 75-3, de 3 de enero de 1972 sobre filiación o la Ley 75-617, de 11 de julio de 1975, relativa a la reforma del divorcio. La segunda, de mayor alcance y peor sistemática, consiste en utilizar cualquier cauce de reforma, material o conflictual, para introducir normas de DIPr; es la utilizada por el legislador español a través de las sucesivas reformas del C.c., pues en unos casos ha introducido nuevas normas sobre el tráfico externo en un contexto de reforma del Derecho material. En concreto, la reforma del C.c. realizada por la Ley 30/1981 prefirió añadir la norma de conflicto relativa a la separación y al divorcio, al lado de la reglamentación material de esta institución, en el Título IV del Libro I del C.c.; por el contrario la Ley 21/1987, aprovechó el cauce de la reforma de las normas materiales sobre adopción para modificar las normas de conflicto del Título Preliminar del C.c. sobre filiación. Por último, una tercera vía se puede producir a través de una Ley de reforma de todas las normas de DIPr diseminadas en distintos cuerpos legales que, manteniéndose en su sede originaria se modifican de forma armoniosa; es la seguida por el legislador de la R.F. de Alemania en 1986. Esta última constituye una experiencia modélica que, a nuestro juicio, bien podría guiar a nuestro legislador en el futuro como solución alternativa a su rechazo hacia la técnica de la Ley Especial: Se produce una reforma sustancial del sistema y, aunque subsiste la dispersión, sobre todo entre el plano procesal y el sustantivo, la reglamentación posee una coherencia interna de la que carece, hoy por hoy, la española. En efecto, nuestro sistema se caracteriza por una extraordinaria dispersión, que no sólo abarca a la sede legal, sino al momento de la reglamentación y a la técnica normativa utilizada, lo que trae como inevitable consecuencia el incorrecto empleo de los preceptos en el proceso de aplicación por parte de nuestros Tribunales y Autoridades⁴¹.

⁴⁰ Cf. P. Lalive, “Nouveaux regards sur le droit international privé, aujourd'hui et demain”, *S.Z.I.E.R.*, 1994, p. 8.

⁴¹ Sin pretender realizar una relación exhaustiva, cabe referirse a los siguientes textos legales

18. También es manifiesta la dispersión normativa en la dimensión judicial del DIPr. Como hemos apuntado, el régimen de la competencia judicial internacional está contemplado en la L.O.P.J. de 1 de julio de 1985, que dedica a esta materia el Tít. I del Libro I (arts. 21 a 25). Al lado de estos preceptos de moderna factura, el sistema de reconocimiento y ejecución de sentencias continua regulándose por los obsoletos arts. 951 a 958 L.E.C. de 1881, al tiempo que el régimen de exequátur de laudos arbitrales extranjeros se rige por la Ley de Arbitraje de 1988 (arts. 56 a 63). Y ello, por no hacer mención al régimen común del procedimiento con elemento extranjero y de la asistencia judicial internacional que, por lo general, no se acomodan a las necesidades actuales del tráfico jurídico externo.

19. Bien entendido que la Ley Especial de DIPr, si bien es aconsejable desde una dimensión de técnica legislativa, no es la panacea que resuelva todos los problemas del tráfico jurídico externo en el sistema español. Existen otros procedimientos de reforma global de un sistema de DIPr que le dote de la necesaria coherencia interna. El modelo alemán es algo a tener en cuenta en un futuro inmediato.

B) Rigidez en el tratamiento de los problemas del tráfico externo

20. Se observa asimismo en esta misma dimensión de técnica legislativa que la moderna codificación se decanta por el abandono de las normas de conflicto de conexión única para ofrecer conexiones de carácter alternativo, más adaptadas a las distintas relaciones e instituciones jurídicas que entran en contacto con el tráfico privado externo. No ocurre así, en términos generales, en el Capítulo IV del Título Preliminar del C.c. cuyas normas suelen responder al modelo elaborado por F.K. von Savigny en su estado más puro. Debe recordarse que el autor alemán partía de que la función de la norma de conflicto consistía en determinar un Derecho material entre los aplicables teóricamente a un supuesto determinado, una ley única con exclusión de todas las demás, con excepción de los correctivos impuestos por la propia norma conflictual. Se trata de un método, con un alto componente de automatismo y mecanicismo que ignora muchas veces consideraciones de justicia y que se centra, precisamente, en la función de la norma de manera dogmática y rígida, primando el objetivo de certeza y de seguridad jurídica sobre cualquier otro. Un ejemplo significativo del sistema español de 1974 es el art. 10.9º C.c. Sin perjuicio de que más

conformadores de este particular sector: Código civil: arts. 8 a 16, 40 y 41, 49 a 51, 65, 80, 107, 688, 732 a 736, etc...; Código de Comercio: art. 15 (parcialmente derogado); Ley del Registro Civil, de 8 de junio de 1957: arts. 10, 12, 15, 18, 23, 38, 54, 59.5º, 73 y 96; Reglamento del Registro Civil: arts. 66, 68, 71, 81, 83 a 91, 96, 137.2º, 152 y 153, 192, 199 y 200, 219 a 237, 252, 256 y 257, 265, 337, 365, 369; Ley Hipotecaria, de 8 de febrero de 1946: art. 4; Reglamento Hipotecario, de 14 de febrero de 1947: arts. 36 a 38; Ley 50/1965, de 17 de julio, sobre ventas de bienes muebles a plazos: art. 4; Ley 8/1980, de 10 de marzo, del Estatuto de los Trabajadores: art. 1.4º; Ley 50/1980, de 8 de octubre, del contrato de seguro: arts. 107 a 109; Ley 16/1985, de 25 de junio, del patrimonio histórico: arts. 5 y 29; Ley 19/1985, de 16 de junio, cambiaria y del cheque: arts. 98 a 105 y 162 a 167; Ley 11/1986, de 20 de marzo, de patentes: arts. 2, 6, 10, 28-29, 52-53, 61, 116, 122, 145, 155, 157; Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual: arts. 145 a 148; Ley 32/1988, de 10 de noviembre, de marcas: arts. 3.2º, 4, 10, 11.1º.i) y j), 21 y 22, 31.1º.c), 32, 43.1º, 73 a 75 y 77; Ley 36/1988, de arbitraje: arts. 60 a 63; Ley 16/1989, de 17 de julio, de defensa de la competencia: arts. 1 a 3, 6 a 8, 14, 16, 17; Ley 3/1991, de 10 de enero, de competencia desleal: art. 4., etc...

tarde volvamos sobre este precepto, cabe adelantar que la designación que hace a “una” sola ley persigue una finalidad básica, cual es la seguridad y la certeza mediante la simple localización geográfica de un Derecho extranjero. Otro ejemplo lo ofrece el art. 9.8º C.c. al determinar que la sucesión intestada se rige, en cualquier caso, por la ley nacional del causante al tiempo del fallecimiento: en este caso, al ir acompañada la conexión de una concreción temporal, el margen de flexibilidad es absolutamente inexistente. Son normas que responden con toda claridad a los objetivos trazados por F.K. von Savigny un siglo y medio antes.

Este modelo rígido contrasta ampliamente con el seguido por las normas de conflicto contenidas en los convenios internacionales suscritos por nuestro país, que manteniendo la estructura tradicional incorporan una orientación material, de resultado, que permite mayor margen al juez o a la autoridad que las aplica. Se trata de la denominada “norma de conflicto multilateral”, que persigue aplicar al caso la ley más estrechamente vinculada al mismo, de acuerdo con una aproximación metodológica de signo funcionalista. La cuestión es si las normas del Capítulo IV del Título Preliminar del C.c. pueden de algún modo incorporar en sí mismas ciertos remedios para evitar una rigidez excesiva y deformadora en la localización de la ley aplicable o, si se quiere, los eventuales peligros de estar inexorablemente ante una ley única.

21. Partiendo de la rigidez como regla de base, pueden observarse algunas inflexiones que permiten la apuntada orientación funcionalista, muy desarrollada en la doctrina española de los años ochenta⁴². De esta suerte, cuando el art. 10.1º.II establece la aplicación de la ley de situación de bien a los derechos reales sobre bienes muebles, el hecho de que la situación del bien sea una circunstancia variable facilita la opción por parte de dos o más leyes distintas (situación del bien en el momento de constituirse el derecho real, al tiempo de producirse sus efectos frente a terceros o en el momento de presentarse la acción), para regular los diversos aspectos de la institución considerada. Asimismo, la utilización de la autonomía de la voluntad como conexión (art. 10.5º) constituye en sí mismo un remedio técnico no formalista ni mecánico; y, en términos parecidos, las denominadas conexiones subsidiarias, existentes en muchos preceptos del Capítulo IV, objeto de nuestro comentario, traducen una concepción de política legislativa que se concretan con el empleo de las mismas.

Aún así, la norma que permite en mayor medida los objetivos que se proponen y, por tanto, no es correlativa en su solución a la del art. 10.9º, es el art. 11.1º. Dicha norma, frente a la introducida en la redacción del C.c. de 1889, que contenía la designación a una ley única para la forma de los actos jurídicos (“las leyes del país en que se otorguen”) ofrece posibilidades técnicas para huir de la rigidez y proporcionar cierto arbitrio a las partes o al juez en la determinación de la ley aplicable; y, a la vez, constituye un excelente ejemplo de previsión de conexiones alternativas⁴³. Se trata de una técnica que, a partir de la satisfacción de un determinado valor, el *favor negotii*, abre la posibilidad de aplicación de una pluralidad de ordenamientos extranjeros (“ley del país en que se otorguen”, “ley aplicable a su contenido”, “ley personal del disponente”, “ley común de los otorgantes” y, en materia de bienes inmuebles, “ley del

⁴² Y de la que es un claro exponente el trabajo de P. Rodríguez Mateos, “Una perspectiva funcional...”, *loc. cit.*, pp. 79-126.

⁴³ Cf. J.D. González Campos y A. Ortiz-Arce, “Art. 11”, *Comentarios al Código civil...*, *loc. cit.*, pp. 406 ss.

lugar en que estos radiquen”). De esta suerte se evita la crítica al sistema anterior de perseguir obsesivamente la seguridad jurídica por el cauce de la ley única, pues las conexiones alternativas poseen un mayor grado de funcionalismo. No obstante, tanto el juez como las partes están limitadas y, en última instancia, la función judicial opera dentro de un límite de posibilidades cerradas, que aleja el método de la “norma de conflicto multilateral” de la solución norteamericana de la *proper law*, pero que constituye un relativo acercamiento entre ambas.

2. Características de las “normas reguladoras”

A) Insuficiente especialización

22. Las normas contenidas en el Capítulo IV del Título Preliminar del C.c. no poseen un contenido uniforme pese a formar parte de un subsistema integrado. Dicho subsistema comprende dos tipos de normas. Unas, denominadas “reguladoras”, que tienen como función llevar a cabo la reglamentación sustancial de las situaciones del tráfico externo, estableciendo concretas respuestas jurídicas a tales situaciones (arts. 8 a 11). Otras, llamadas “de aplicación”, cuya misión es dar respuesta a los problemas surgidos en el proceso de aplicación de las primeras por parte del juez u otra autoridad estatal (art. 12)⁴⁴. Estas normas diversas integran, en su conjunto, el denominado método de atribución o indirecto que ha sido el que presidió el origen de la reforma.

Contra la escueta situación anterior, en la que el legislador daba respuesta a grandes bloques de relaciones jurídicas en únicamente siete normas, la reforma de 1974 se orientó a una cierta especialización de las soluciones fragmentando dichas relaciones y dando respuestas concretas a situaciones mucho más localizadas. Baste retener que la reforma de 1974 introdujo 33 normas concretas⁴⁵. Esta diversidad, aunque a todas luces insuficiente, supone de algún modo un distanciamiento del modelo de norma savigniana, que presentaba un relativo grado de generalidad o abstracción; dicho modelo, presente en el C.c. de 1989, pretendía resolver los problemas del tráfico externo alejado de las circunstancias concretas del litigio, aunque ha tenido defensores, pues responde a unos evidentes objetivos de política legislativa semejantes a los que avalan estas a una solución basada en una “ley única”. La defensa de la generalidad de la norma de conflicto descansa en el denominado por la doctrina francesa “respeto a los grupos normativos” o a la unidad en la reglamentación de las instituciones. Al evitarse la fragmentación en la regulación de un supuesto concreto, por ejemplo, las “sucesiones por causa de muerte” a través de normas de conflicto generales (que en España DIPr cuenta con una sola norma de DIPr -el art. 9.8º y más de 400 de Derecho material), se asegura un cierto nivel de coherencia en la solución final de una institución, sometiéndola a los mismos principios rectores, colmando las lagunas y desechando eventuales desajustes⁴⁶.

23. La generalidad de la norma de conflicto, a la vez que su rigidez, puede afectar a

⁴⁴ Cf. J.D. González Campos, *DIPr Introducción*, op. cit., pp. 58-59. Por el carácter instrumental que presentan las normas de aplicación respecto a las normas reguladoras, al establecer los cauces que ha de seguir el intérprete al utilizarlas, reciben también la denominación de “normas de funcionalismo” (Cf. J.Mª Espinar Vicente, *DIPr español*, vol. I, Málaga, Facultad de Derecho, 1984, p. 116).

⁴⁵ Cf. A. Miaja de la Muela *DIPr*, op. cit., I, 9ª ed, Madrid, 1985, p. 567.

⁴⁶ Cf. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, op. cit., pp. 400-401.

legítimos valores de seguridad jurídica y de justicia material. Por eso el moderno diseño de norma de conflicto multilateral utiliza la especialización como elemento de combate frente a la generalidad de la norma de conflicto tradicional, consiguiendo, en tal sentido, la “sectorialización” del Derecho privado y la respuesta adecuada a los problemas concretos. Baste como ejemplo comparar la generalidad del art. 10.9º C.c. con la especialización que introduce el Convenio de La Haya de 1971 sobre ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, que otorga soluciones concretas en función de que en el accidente intervenga uno o varios vehículos, el país de la matriculación de éstos, el lugar donde ha ocurrido el accidente, la residencia habitual de la víctima, etc. En suma, que pese a que el legislador de 1974 inició una tímida apertura hacia la especialización, manifiesta en el ámbito del Derecho de familia, el sistema conflictual del Capítulo IV del Título Preliminar del C.c. es señaladamente anacrónico que obliga muchas veces al intérprete a una difícil labor de adaptación de la norma al caso concreto; algo que no favorece la tendencia unitaria a la reglamentación de las relaciones del tráfico privado externo.

24. También puede comprobarse una atención preferente hacia la especialización y, como consecuencia de ello, un mayor desarrollo de las denominadas “normas de aplicación”, frente a la primera etapa de la codificación, centrada básicamente en el juego del “orden público”. Junto a esta institución, reenvío, fraude a la ley, conflicto de calificaciones, cuestión preliminar, remisión a un sistema plurilegislativo, aplicación del Derecho extranjero, van a ofrecer respuestas concretas en el art. 12 C.c., aunque muchas veces insatisfactorias. De ello nos ocuparemos más adelante.

B) Preferencia del sistema hacia la norma de conflicto bilateral

25. Todo el complejo proceso de reforma del Título Preliminar del C.c. que concluyó con el nuevo Capítulo IV se inspiró en una visión “conflictualista” del DIPr muy limitada en su alcance. No en vano el texto fue elaborado en su origen por un autor decidido partidario de la denominada “concepción estricta” acerca del contenido del este ordenamiento⁴⁷. De esta suerte, la reforma de 1974, se centró en el marco del “conflicto de leyes” con exclusión de otros sectores del DIPr español. Dicha exclusión ofrece, dos perspectivas diversas. La primera hace referencia a la ausencia de un tratamiento conjunto de las cuestiones de competencia judicial y de reconocimiento y ejecución de sentencias con los problemas propios de Derecho aplicable; es una crítica que ya hemos vertido en las páginas anteriores, pero que debe reiterarse aquí en función de la “respuesta global” que dan estos tres sectores normativos a las relaciones privadas internacionales y a las relaciones estructurales entre éstos y su influencia mutua; se produjo, a partir de aquí, una fragmentación de nuestro sistema de DIPr que ha tenido y tiene graves consecuencias. La segunda se centra propiamente en la dimensión específica del Derecho aplicable y en la reglamentación exclusiva de este sector a través de un único tipo normativo, la norma de conflicto de leyes, o, si se quiere en un único procedimiento de reglamentación: el denominado método de atribución.

⁴⁷ Para J. de Yangüas Messía, “El DIPr tiene, en principio, por objeto específico la solución de los conflictos de leyes. No da normas directas que regulen las relaciones privadas internacionales. Remite a la legislación competente para regirlas”. Y, por lo que se refiere a los denominados “conflictos de jurisdicciones”, éstos se resuelven “en definitiva, en un conflicto de leyes procesales y cae dentro del concepto específico de conflicto de leyes” (Cf. *DIPr*, 3ª ed., Madrid, 1971, pp. 34-35).

En una época donde España la atención de la doctrina se centraba en la discusión sobre el “pluralismo metodológico”⁴⁸ el legislador introdujo, partiendo de la apuntada concepción marcadamente conflictualista, y de forma mas o menos consciente, otros procedimientos de reglamentación alternativos al método tradicional de atribución o conflictual; pero la norma de conflicto sigue siendo la protagonista indiscutible del Capítulo IV del Título Preliminar del C.c. Como se hizo referencia en la introducción a este comentario, la propia Exposición de Motivos del Decreto 1836/74 insistió en este dato al afirmar que las reglas “aparecen configuradas no en términos unilaterales”, sino con una vocación de universalidad para “determinar, según nuestro ordenamiento, cuál es el Derecho, propio o extranjero, aplicable”. A partir de aquí, la mayoría de las normas del Capítulo IV responden a la estructura savigniana compuesta por tres elementos. Un supuesto de hecho, que hace referencia a la materia regulada y que puede ser una relación jurídica (“efectos del matrimonio”, “sucesión por causa de muerte”, “emisión de los títulos valores”, etc...), una institución (“tutela y las demás instituciones”, “adopción”, “posesión”, “propiedad”, etc...), o un derecho subjetivo (“derecho a la prestación de alimentos”, “derechos de propiedad intelectual o industrial”, etc...). Una consecuencia jurídica, que no se contiene en la propia norma, sino que es preciso determinarla indirectamente a través del mandato de aplicación establecido por el legislador respecto a un Derecho estatal en su conjunto. Por último, un punto de conexión, cuya misión es dotar de relevancia jurídica al elemento extranjero que puede encontrarse en el supuesto de hecho, fijando en él la localización de la relación jurídica en orden a la consecuencia jurídica (“ley de la nacionalidad común del alimentista y del alimentante”, “ley nacional del causante”, “ley a la que las partes se hayan sometido expresamente”, “ley del país en que se otorguen”, etc...). Este es, en síntesis, el mecanismo que impregna preferentemente los arts. 9 a 11 C.c.

26. Existen no obstante en el referido Capítulo IV, dentro de la dimensión del Derecho a aplicable a las relaciones privadas internacionales, normas que incorporan técnicas de reglamentación de carácter unilateral o imperativo (art. 8.1º, art. 8.2º, inciso primero, art. 9.6º, *in fine* y art. 11.3º), cuyo objetivo esencial es fijar el ámbito de aplicación de la ley española en el espacio. Asimismo, la reforma de 1974 introdujo normas de conflicto unilaterales como la establecida en el art. 10.4º que dispone que “los derechos de propiedad intelectual e industrial se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la ley española”. La razón de ser de tal norma no sólo estriba en la dificultad de su formulación bilateral, sino también en la operatividad de la misma. El supuesto de hecho no se refiere en este caso a un derecho o situación jurídica, sino a la “protección” de determinados derechos. La protección en sí misma introduce un factor de relatividad, tanto respecto al ámbito espacial de protección como al sujeto que ha de garantizar dicha tutela. Los derechos sólo se protegen conforme a una ley y en un territorio determinado⁴⁹. Por encima del conflicto de leyes hay, pues, una cuestión de goce o disfrute de derechos por el extranjero, que avala, por otra parte, el recurso a la

⁴⁸ Baste retener por su extraordinaria influencia pedagógica, la primera edición del manual de J.A. Carrillo Salcedo, *DIPr Introducción a sus problemas fundamentales*, Madrid, Tecnos, 1971, pp. 73 ss.

⁴⁹ Acertó A. Remiro Brotons al afirmar, como ya advertía el Consejo de Estado en su dictamen al Proyecto articulado, que el verdadero problema no está en fijar, en este caso, cuál ha de ser la ley aplicable en caso de reclamación, sino en lograr que el autor se beneficie de la protección del país en que la solicita, aunque no pertenezca a él (Cf. “Art. 10.4º”, *Comentarios al Código civil...*, loc. cit., p. 254).

cooperación entre Estados, tal y como prevé el propio art. 10.4º al añadir: “sin perjuicio de lo establecido por los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte”. En estas circunstancias, la norma empieza a ser forzosamente unilateral. Tal solución es, por otra parte, perfectamente consecuente con el carácter exclusivo de la competencia judicial internacional de nuestros Tribunales en materia de inscripciones o validez de patentes y otros derechos sometidos a depósito o registro (art. 22.1º L.O.P.J.). Si la protección de tales derechos se pretende en territorio de otro Estado en el que el derecho ha sido registrado o se ha solicitado su registro, lo lógico es no litigar ante los Tribunales españoles, pero, aparte de esto, el Tribunal español carece de competencia si se procede a bilateralizar el foro de competencia exclusivo y, en consecuencia, no habrá lugar a la aplicación de la ley extranjera.

27. El unilateralismo obligado de ciertas normas de conflicto se aprecia igualmente en normas formuladas con carácter bilateral. Así, el art. 10.1º C.c. determina, en su primer párrafo, que “la posesión, la propiedad y los demás derechos sobre bienes inmuebles, así como su publicidad, se regirán por la ley del lugar donde se hallen”. Los Tribunales españoles son competentes de forma igualmente exclusiva en materia de arrendamientos y derechos reales sobre bienes inmuebles que se hallen en España (art. 22.1º L.O.P.J.); si, en virtud de la bilateralización de dicho foro de competencia exclusiva, los Tribunales españoles sólo conocen de derechos que afecten a bienes inmuebles situados en territorio español, y nunca de los relativos a bienes inmuebles situados en el extranjero, aplicarán en todos los casos la ley del foro, y en ningún supuesto la ley extranjera. De ahí que la norma contenida en el art. 10.1º, párrafo primero del C.c. español haya merecido la calificación de “norma de conflicto aparentemente bilateral”.

C) Pervivencia de la concepción estatutaria

28. El angosto marco ofrecido a los preceptos dedicados al DIPr ha condicionado decisivamente la distribución de materias reguladas en el Capítulo IV del Título Preliminar del C.c.. El corolario ha sido la conservación de la impronta estatutaria de la redacción primitiva del C.c. en 1889 y, por ende, la escasa adaptación a las actuales necesidades del tráfico jurídico externo. Así, el art. 9 comprende las cuestiones propias del “estatuto personal” (se da una respuesta al tema de la capacidad, aunque se dejan fuera del precepto aspectos tan importantes como los derechos de la personalidad) pero se extiende al “estatuto familiar” (relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, filiación y alimentos entre parientes) e, incluso, a otras cuestiones bastante alejadas del núcleo originario como son las sucesiones *mortis causa*. El art. 10 incluye el denominado “estatuto real y obligacional” y el art. 11 las del “estatuto formal”, dedicándose el art. 12 a la reglamentación de los denominados “problemas generales” de aplicación de las normas de conflicto. Sin embargo, la solución de tales problemas no es privativa de este último precepto; acaso por su vinculación directa a determinadas normas reguladoras, los arts. 9 y 10 incluyen la respuesta específica a concretos problemas de aplicación: ley aplicable a los individuos con doble nacionalidad (art. 9.9º) ley aplicable a los apátridas o a los individuos de nacionalidad indeterminada (art. 9.10º) o aplicación de la ley del foro en determinados supuestos contractuales que vulneren el interés nacional (art. 10.8º).

D) Ausencia de una reglamentación general *ratione materia*

29. No contienen los arts. 8 a 12 C.c. una reglamentación general del conjunto de las relaciones privadas internacionales. Se centran, por el contrario, preferentemente en la solución de los conflictos de leyes “civiles”, con exclusión de los problemas de las relaciones comerciales internacionales. El resultado fue sido una ordenación que, pese a sus pretensiones de generalidad, por el carácter atribuido al Título Preliminar del C.c., no regula más que parcialmente las relaciones comprendidas dentro del DIPr. Y este carácter restrictivo olvida, además, que uno de los factores del tráfico jurídico externo en la actualidad consiste en la presencia de normas de Derecho público que gravitan decisivamente sobre las relaciones civiles y mercantiles⁵⁰. Mas, incluso en el plano de las relaciones “civiles”, los preceptos del Título Preliminar del C.c. son incompletos: la mayor parte de las cuestiones consideradas han sido reguladas en términos muy generales, muchas veces con conexiones únicas y, en ocasiones, poco adecuadas a las necesidades actuales del DIPr, que dejan en la sombra muchos aspectos. Existen, además, instituciones civiles que han sido omitidas: esponsales, celebración del matrimonio, nulidad del matrimonio, contratos en particular, etc...

30. El pronunciado el carácter “civilista” de las normas de DIPr del Título Preliminar del C.c. ofrece algunas excepciones, pero éstas en modo alguno evidencian una vocación general del legislador por construir un “sistema general”. Tal es el caso del art. 8.1º que se limita a establecer la esfera de eficacia, en el territorio español, de las leyes penales, de policía y de seguridad pública; o del art. 8.2º, que determina la ley aplicable al procedimiento civil y que, para ser coherente con los cauces legales utilizados en el DIPr español, tendría un lugar más adecuado en la L.E.C. Asimismo, el art. 10.6º (afectado decisivamente por el art. 6 del Convenio de Roma de 1980) fue otro ejemplo de asincronía por prestar atención a la ley aplicable al contrato de trabajo; el hecho de que, con posterioridad, el art. 1.4º E.T. reglamentase parcialmente esta misma materia corrobora que este último cuerpo legal era el lugar más adecuado para insertar una norma de este tipo. Por último, pese a que, como se ha indicado, el Título Preliminar del C.c. excluya la reglamentación de las relaciones comerciales internacionales con carácter general, incurre en algunas excepciones que son inexplicables en pura técnica legislativa; en concreto, al referirse a los “títulos valores” (art. 10.3º) y a las compraventas de muebles corporales realizadas en establecimientos mercantiles (art. 10.5º.II).

E) Sistema de conexiones rígidas e inapropiadas

31. El diseño central de la reforma de 1974 fue mantener el criterio de la ley nacional “en todo lo concerniente a la persona y a las relaciones jurídicas donde tienen acogida los derechos inherentes a ella” (Exposición de Motivos). Dicho criterio se refleja en el art. 9, en lo que se ha calificado de “estatuto personal” desorbitado por el ámbito de materias sometidas a la ley nacional (capacidad u estado de las personas, estado civil, relaciones personales y patrimoniales entre cónyuges, relaciones paterno-filiales, adopción, tutela y demás instituciones de protección del incapaz, alimentos y sucesiones) e incluso, lo que resulta incomprensible, en el art. 10 respecto a las

⁵⁰ Vid. las consideraciones críticas de A. Miaja de la Muela, *DIPr, op. cit.*, pp. 566-567.

donaciones y, con carácter subsidiario a la autonomía de la voluntad, en relación con las obligaciones contractuales. Este resultado sitúa al sistema reformado a la altura de finales del siglo XIX, periodo de vigencia de la doctrina de P.S. Mancini, cuando en 1974 la tendencia dominante en torno al “estatuto personal” era mucho más restrictiva: estado y condición de la persona, de una parte, y problemas de la capacidad y régimen de las incapacidades, de otra. Además, el imperio de la ley nacional no se compensa en modo alguno con lo que M. Herrero R. de Miñón denominase la “aurora de la ley local” en el nuevo Título Preliminar⁵¹, pues si bien es cierto que se insertó, por obra de A. Bercovitz, la noción de “residencia habitual”, esta conexión sólo es operativa en aquellos supuestos en que la ley nacional es impracticable (arts. 9.9º y 10º) o en situaciones residuales (arts. 9.7º) o de urgencia (art. 9.6º) y, por si fuera poco, dicha noción es incorrectamente valorada por nuestros Tribunales⁵².

32. Es cierto que el art. 10.5º incluye la autonomía de la voluntad como conexión prioritaria en lo que se refiere a la ley aplicable a las obligaciones contractuales, pero exige que las partes se hayan sometido “expresamente” y que la ley designada “tenga alguna conexión con el negocio de que se trate”. Estamos ante una doble limitación al ejercicio de la autonomía conflictual que, en los momentos de ser redactada la norma, había desaparecido de las modernas codificaciones, en el sentido de posibilitar la actuación de la “voluntad presunta” y no restringir el resultado a los Derechos vinculados con el contrato. La norma, inadecuada a todas luces en la contratación internacional de una sociedad industrial desarrollada, fue criticada con vehemencia, aunque también fue objeto de una interpretación más flexible y realista⁵³. Por fortuna ha quedado sustituida (en los sectores a los que ya se ha hecho referencia más arriba), dado su carácter *erga omnes*, por la regulación efectuada por el Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, que introduce criterios de flexibilidad (art. 3) al entender, de un lado, que la elección efectuada por las partes a una determinada ley puede ser expresa “o resultar de modo cierto de los términos del contrato o de las circunstancias del caso”; y, de otro lado, al no vincular la ley elegida para el contrato a ningún Derecho o a otro tipo de condición.

33. Algo similar puede afirmarse con respecto a la solución dada al tema de las obligaciones no contractuales (art. 10.9º.I), toda vez que la *lex loci delicti commissi* ha experimentado un profundo proceso de revisión que aconseja estar a soluciones mucho más flexibles. Nuestro legislador persiguió en 1974 una finalidad básica, cual era la seguridad y certeza a partir de una ley única, es decir, mediante la simple localización de un Derecho material extranjero⁵⁴. Mas la práctica había demostrado hasta la saciedad lo inadecuado de esta solución y los resultados injustos a que daba lugar en determinados supuestos de ilícito, sobre todo, en materia de accidentes de circulación por carretera. Cabe recordar que el origen de la decidida impugnación de la doctrina norteamericana al método de F.K. von Savigny y la propuesta de soluciones

⁵¹ Cf. M. Herrero R. de Miñón, “Marginales...”, *loc. cit.*, pp. 379 ss.

⁵² Vid. J. Mª Espinar Vicente, “El concepto de residencia habitual en el sistema español de DIPr”, *R.D.P.*, 1980, pp. 3 ss. En efecto, la noción de “residencia habitual” introducida en 1974 choca con lo dispuesto en el art. 40.1º C.c., cuya versión es de 1889.

⁵³ Vid. M. Virgós Soriano, en J.D. González Campos, *DIPr...*, *op. cit.*, pp. 210 ss.

⁵⁴ Cf. J.A. Carrillo Salcedo, “Art. 10.9º”, *Comentarios a las reformas...*, *loc. cit.*, pp. 546-547.

alternativas, tiene aquí su origen⁵⁵. Felizmente, la obsoleta reglamentación del Título Preliminar del C.c. en este aspecto ha quedado paliada en parte tras la incorporación de España al Convenio de La Haya sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, de 4 de mayo de 1971 y al Convenio de La Haya sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos, de 2 de octubre de 1973, al margen de a otros textos convencionales que se agrupan principalmente en el ámbito del Derecho marítimo. Aunque el art. 10.9º.I C.c. siga en vigor, su alcance ha quedado más que limitado por el DIPr convencional que vincula a España.

3. Características de las “normas de aplicación”

A) Problemas particulares de aplicación de la norma de conflicto

34. Las soluciones otorgadas a algunos de los “problemas particulares” regulados en el art. 12 confirman igualmente una cierta rigidez del sistema. Aunque también aquí la incorporación de España a los convenios internacionales sobre DIPr ha restringido su ámbito. La mayoría de los textos que prestan atención preferente a los conflictos de leyes no se limitan exclusivamente a establecer normas de conflicto, sino que contienen asimismo un tratamiento de sus problemas de aplicación y lo hacen en términos mucho más flexibles. De esta suerte, el peso del complejísimo art. 12 C.c. ha perdido relevancia en la práctica mas, sentado esto, conviene no olvidar algunas críticas a esta norma.

En primer término, por incluir una serie de figuras de carácter acentuadamente nacionalista, como es el caso de la solución *lege fori* ante un eventual conflicto de calificaciones, por más que la doctrina haya dispensado una lectura más flexible al art. 12.1º⁵⁶; también se suele criticar la admisión de la figura del reenvío, por recoger exclusivamente el art. 12.2º la modalidad de “reenvío de retorno”, aunque debe tenerse en cuenta que con posterioridad a 1974 tanto el legislador español como la participación de España en ciertos tratados internacionales han introducido otras modalidades de reenvío; y la crítica ha sido mucho severa al valorar el excesivo papel que el art. 12.3º confiere al orden público como correctivo funcional del método de atribución, pero debe tenerse en cuenta también que el juego de la excepción ha quedado muy limitada por la incidencia del régimen convencional que vincula a nuestro país y que se inclina por una solución mucho menos rígida a través de la expresión “manifiestamente incompatible”.

En segundo término, al incorporar formulación de un carácter bastante incompleto en relación con otras manifestaciones codificadoras de nuestro entorno. Tal es el caso de la regulación del fraude a la ley en DIPr, donde el art. 12.4º se limita a ofrecer una definición de la figura, incompleta también, pues omite la referencia al fraude a la ley extranjera, sin indicar expresamente cual es la consecuencia jurídica de los actos

⁵⁵ La crítica se apoya en la propia estructura de la norma de conflicto tradicional, pero pone el acento en las conexiones elegidas, que condicionen decisivamente la justicia de la decisión. Dichas conexiones pueden conducirnos, en efecto, a una ley aplicable que en muchos casos no es la adecuada pero que funciona automáticamente. *Vid.*, por todos, D. Cavers, “A Critique of the Choice-of-Law Problem”, *Harvard L. Rev.*, 1933, pp. 180-192; *id.*, “Comment on Babcock v. Jackson”, *Columbia L. Rev.*, 1963, pp. 1219-1229; *id.*, “Contemporary Conflicts Law in America Perspective”, *R. des C.*, t. 131 (1970-III), pp. 75-308.

⁵⁶ Cf. J.A. Carrillo Salcedo, “Art. 12.1º”, *Comentarios a las reformas...*, *loc. cit.*, pp. 588-592.

cometidos a su amparo. Y lo propio ocurre con la norma que resuelve el denominado problema de la “remisión a un sistema legislativo”, pues el art. 12.5º no resuelve todos los problemas en presencia, aunque también aquí es muy relevante la regulación convencional de esta figura; además, la generalidad, rigidez y formalismo de este precepto plantea serios problemas de aplicación en el caso de que el sistema plurilegislativo reclamado carezca de normas expresas para resolver los conflictos interlocales o interpersonales internos, o bien sus normas no puedan ser aplicadas por falta de prueba suficiente o por conducir a un resultado manifiestamente contrario al fin o resultado material perseguido por la norma de conflicto, cuando ésta se halla materialmente orientada⁵⁷. En lo que concierne a la crítica al art. 12.6º nos remitimos a nuestro comentario a este precepto, cuya redacción fue insuficiente y ha dado lugar a una gran confusión por parte de nuestros Tribunales y Autoridades, condicionando decisivamente el normal juego de las normas de conflicto del Capítulo IV del Título Preliminar del C.c..

Finalmente, por registrar ciertas ausencias, justificables unas, como el caso de la denominada “cuestión previa”⁵⁸, pero incomprensibles otras como, por ejemplo, la ausencia de una norma que establezca la competencia residual del Derecho del foro, la inexistencia de una norma genérica que solucione el problema del conflicto móvil cuando no exista respuesta en la norma de conflicto pertinente, etc..

35. Frente a estas críticas, se han ofrecido lecturas del art. 12 C.c. que permiten conducir a una mayor flexibilidad del sistema⁵⁹. Indudablemente las denominadas “normas de aplicación” de las normas de conflicto pueden ofrecer determinados efectos correctores por parte del juez para evitar soluciones forzadas o excesivamente rígidas. Aunque el reenvío constituye una técnica que ha sido censurada desde diversos puntos de vista, máxime cuando el principio de base radica en que la remisión al Derecho extranjero se entiende hecha a su Derecho material. Sin embargo, resulta indiscutible la flexibilización que puede introducir como factor de corrección de la propia rigidez de las normas de conflicto del foro. Se habla así de soluciones “sanas” del conflicto de leyes que confieren al método de atribución de unos mínimos objetivos de justicia material, como el *favor negotii* o el respeto de los derechos adquiridos⁶⁰.

⁵⁷ En tales casos, se impone arbitrar una solución subsidiria que no ha sido prevista por el legislador español, que en este punto no retuvo el valor de la enmienda original ni los ejemplos de la codificación comparada o internacional, aunque sí existen respuestas doctrinales de gran contundencia (Cf. M.P. Andrés Sáenz de Santa María, “El art. 12.5º del C.c. y el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo”, *R.G.L.J.*, t. LXXVII, 1978, pp. 72 ss.).

⁵⁸ Al margen de su valor teórico, la doctrina de la cuestión previa no presenta relevancia práctica alguna en nuestro ordenamiento, toda vez que nuestros Tribunales y autoridades están obligados a aplicar de oficio las normas de conflicto del Derecho español. Es cierto que los párrafos 2º y 5º del art. 12 C.c. introducen sendas excepciones en materia de reenvío y remisión a un Estado plurilegislativo, pero precisamente es obligado insistir en la interpretación restrictiva a que se hace acreedora toda excepción, unido ello al carácter expreso de las referidas normas, lo cual conduce a la exclusión de cualquier otra excepción contraria al mandato del art. 12.6º.I C.c. En definitiva, sea cual sea la ley aplicable a la cuestión principal, únicamente podrán utilizarse normas de conflicto españolas en la selección de la ley aplicable a la cuestión previa (Cf. J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso...., op. cit.*, p. 534).

⁵⁹ La doctrina española, sin embargo, no es unánime al respecto. Cf. N. Bouza Vidal, “Art. 12.2º”, *Comentarios al Código civil...., 2ª ed., op. cit.*, p. 890.

⁶⁰ Baste recordar que A. Miaja de la Muela realizó un pronunciamiento favorable respecto de ciertos problemas generales, como el reenvío, cuando éstos den lugar en el sector del conflicto de leyes a una solución “sana” (Cf. “Soluciones sanas a los conflictos de leyes, *favor negotii* y derechos adquiridos”,

B) Problemas generales de aplicación de las normas de DIPr

36. Cercano a los problemas indicados el DIPr, considerado en su totalidad, ofrece otros de carácter más general que pretenden dar respuestas al funcionamiento de un sistema estatal en su conjunto. Dichas respuestas afectan al ámbito de formación de este ordenamiento en orden a sus fuentes de formación jurídica y a su ámbito de eficacia, tanto en el tiempo como en el espacio. Tomando en consideración el Capítulo IV del Título Preliminar del C.c. destacan, a este respecto, dos cuestiones de sumo interés. En primer lugar, ante las sucesivas modificaciones practicadas por el legislador español, y ante la política de incorporación de España a una gran variedad de tratados internacionales, cuál es la esfera de validez temporal de sus normas; y, en segundo lugar, como consecuencia de lo anterior, cuál es la incidencia de dichos tratados en el sistema. Menores problemas ofrece la determinación de la esfera de validez territorial de los arts. 8 a 12 C.c., toda vez que, como dispone el art. 12.6º.I, los Tribunales y autoridades españolas “aplicarán de oficio las normas de conflicto del Derecho español”, lo que pone de manifiesto el carácter territorial de la norma de conflicto en relación con su vigencia dentro del territorio español⁶¹.

37. Como se ha señalado, tras un siglo de estabilidad se han producido modificaciones sustanciales en el sistema español de normas sobre Derecho aplicable. En primer término, a través de la reforma del Título Preliminar del C.c. de 1974, y las modificaciones parciales realizadas por la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, en materia de adopción y por la Ley 11/1990, de 15 de octubre, en aplicación del principio de no discriminación por razón de sexo o por la L.O. 1/1996, de 15 de enero, de protección jurídica del menor; en segundo término, por medio de la modificación de determinadas normas insertas en otros apartados del Código civil, como la practicada por la Ley 30/1991, de 20 de diciembre, en materia de testamentos; en tercer lugar, por la aparición de nuevas disposiciones en el C.c. como la relativa al divorcio de 1981 (nueva redacción del art. 107 del C.c.); por último, con carácter *ex novo*, o modificativas del sistema anterior: Ley 26/1984, de 19 de julio, general para la defensa de consumidores y usuarios (art. 10), Ley 19/1985, de 16 de julio, cambiaria y del cheque (arts. 98 a 105 y 162 a 167); Ley 22/1987, de 11 de noviembre, de propiedad intelectual (arts. 145 a 148); etc.⁶². Este proceso que ha corrido paralelo a una política de incorporación masiva a tratados internacionales que alcanzará su máxima expresión el año 1987⁶³; y, por si esto fuera poco, la eventual y necesaria reforma, dada la interacción de regímenes normativos en vigor, del Título Preliminar del C.c., orientada en base a nuevos postulados, puede aumentar en el futuro la inestabilidad a la hora de determinar la ley aplicable en el tiempo a una determinada situación del tráfico externo. Estamos, pues, en un periodo histórico en el que la aplicación en el tiempo de las normas de DIPr adquiere un especial relieve. Si las normas jurídicas y, en concreto, las propias de este

R.E.D.I., vol. XVII, 1964, pp. 16 ss).

⁶¹ *Vid.* el problema con mayor profundidad en J.D. González Campos, *DIPr*, Parte III, Madrid, UAM, 1984, pp. 12 ss.

⁶² *Vid.* las sucesivas reformas parciales de nuestro sistema autónomo de DIPr en A. Borrás y otros, *Legislación básica de DIPr*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 1999, pp. 570 ss.

⁶³ *Vid.* las consecuencias para el sistema español de DIPr de esta incorporación masiva a Convenios internacionales en J.C. Fernández Rozas y S. Sánchez Lorenzo, *Curso...*, *op. cit.*, pp. 148 ss.

ordenamiento, se dictan para regir una conducta futura proyectando el legislador unos determinados valores e intereses, dichas normas deben de contar con un instrumento normativo de carácter complementario que atienda a los hechos del pasado o a las situaciones de *facta pendentia*.

38. Desafortunadamente, el sistema español DIPr se caracteriza por la insuficiencia de dichos instrumentos (normas de Derecho transitorio) o por la proyección en los mismos de discutibles valores que muchas veces desvirtúan el propósito originario de la revisión legal que se ha operado. En efecto, las tradicionales normas transitorias, situadas confortablemente en los Códigos civiles, no pueden dar una respuesta coherente a estas cuestiones. Es bien sabido que la regla tradicional encuentra cabida en el art. 2.3º C.c. y que su formulación, dirigida exclusivamente al intérprete de la ley⁶⁴, procede de textos declarativos de derechos de la persona. Indudablemente, dicha regla se formuló como una reacción frente a las injusticias cometidas por leyes y por decisiones judiciales con efectos retroactivos, como un corolario del principio de legalidad y en favor del derecho del ciudadano a la seguridad jurídica⁶⁵. Es más, la regla pretende ser un sustento a la libertad civil y constituye un postulado de seguridad jurídica consustancial para el ejercicio del comercio. No obstante, a lo largo del siglo XIX y a principios del siglo XX la doctrina ha puesto de relieve las situaciones injustas a que la regla en su estado puro podría dar lugar⁶⁶ así como el fracaso de un criterio apriorístico y general con vocación de resolver todos los supuestos de conflicto intertemporal que pudieran presentarse. Reconocer la aplicación inmediata de la nueva ley planteará siempre el problema de armonizar dicha aplicación a relaciones subsistentes al amparo de la ley anterior. Resulta, pues, imposible resolver la cuestión de la retroactividad o irretroactividad de la ley a partir de criterios axiomáticos y, en cualquier caso, la aplicación analógica de las disposiciones transitorias de los C.c. a soluciones concretas no parece que sea la solución adecuada⁶⁷. Sobre todo en una época de profundos cambios legislativos en los que el Código ha perdido el carácter de sacralidad que poseyó en sus orígenes. La regla general del 2.3º C.c. posee, por tanto, un carácter subsidiario que sólo podrá utilizarse cuando la nueva ley nada haya establecido en torno a su carácter retroactivo.

Se observa en las últimas modificaciones del C.c. español muestran cómo los valores introducidos por las nuevas normas se proyectan a situaciones anteriores. En concreto, el principio constitucional de igualdad de los hijos ante la ley que inspiró la Ley 11/1981, de 13 de mayo, posee una retroactividad plena en las disposiciones transitorias, 1ª, 5ª y 6ª, en tanto que incluye una retroactividad relativa, en orden a la aplicación de la disposición más beneficiosa, en las disposiciones transitorias 2ª, 3ª y 4ª.

⁶⁴ Cf. F. López Menudo, *El principio de irretroactividad en las normas juridico-administrativas*, Sevilla, 1982, pp. 36 ss.

⁶⁵ Vid. F. de Castro y Bravo, *Derecho civil de España* (reimpr.), Madrid, 1984, pp. 635-636. Un estudio de la evolución histórica de la regla con anterioridad al C.c. se encuentra en los trabajos de A. Marín Monroy, "La irretroactividad de la ley en los Fueros", *R.C.D.I.*, núm. 183, 1943, pp. 521-525; "La irretroactividad de la ley en las Partidas", *R.C.D.I.*, núm. 184, 1943, pp. 569-578; "La irretroactividad de las leyes y el Derecho antiguo", *R.C.D.I.*, núm. 186, 1943, pp. 751-757 y núm. 189, 1944, pp. 94-161; "La irretroactividad de la ley. Derecho romano transitorio", *R.C.D.I.*, núm. 201, 1945, pp. 99-105.

⁶⁶ Un estudio verdaderamente exhaustivo sobre esta cuestión fue realizado por D. Donati, "Il contenuto del principio della irretroattività della legge", *Riv. italiana per le Scienze Giuridiche*, vol. LV, 1915, pp. 235-257 y 117-193.

⁶⁷ Vid. por todos, F. de Castro y Bravo, *Derecho civil...*, op. cit., pp. 653-673.

De todas estas normas, la disposición transitoria posee un carácter general que, desdichadamente, ha encontrado muchas dificultades para aplicarse en toda su extensión por la jurisprudencia⁶⁸. También resulta paradigmática de la proyección de los nuevos valores con carácter retroactivo, la solución ofrecida por las Disposición transitorias de la Ley 2/1987, de 11 de noviembre, por la que se modifican determinados artículos del C.c. y de la L.E.C. en materia de adopción.

39. Si desde la propia dimensión del DIPr se ha estimado que las normas de conflicto poseían un sistema de Derecho transitorio *ad hoc*, distinto del de las normas materiales, siendo esta tesis defendida con vigor desde distintas posiciones⁶⁹, hoy tanto la doctrina, como la jurisprudencia comparada se inclinan, al menos como regla de base, por la asimilación⁷⁰. Con independencia de que este planteamiento no pueda ser aceptado en función de la acción del principio de especialización, que debe incidir por igual en el DIPr y en el Derecho intertemporal⁷¹, no cabe duda alguna de que en el resto de los sectores del DIPr existen problemas intertemporales que con frecuencia poseen una mayor entidad, aunque sólo sea desde una observación global de la práctica de los Tribunales.

Consecuentemente, se imponen unas reflexiones generales en torno a la dimensión intertemporal de las normas de conflicto de C.c. La primera y más importante de ellas es la omisión de la reforma del Título Preliminar del C.c. de 1974 de disposiciones transitorias para reglamentar los efectos de las situaciones generadas con anterioridad. Y ello en atención a tres datos esenciales: que el sistema anterior no respondía en su totalidad a criterios conflictuales, encontrándonos con un supuesto de sucesión de procedimientos de reglamentación que ofrecía una nueva dimensión al problema; que el sistema anterior ante su insuficiente reglamentación había sido completadas por normas de origen jurisprudencial, cuyas soluciones no coincidían totalmente con las nuevas y, por último, que el sistema anterior incluía determinadas normas de carácter convencional que quedaron contrariadas por las introducidas en 1974.

En el primer caso, baste retener que, como puso de relieve J.D. González Campos, “las razones avanzadas por la doctrina en favor de la retroactividad, en relación con el simple cambio operado en un sistema de normas de conflicto no poseen igual entidad

⁶⁸ Una relación valorativa de la misma se encuentra en el estudio de J.A. Serrano García, “El Derecho transitorio de la filiación en la jurisprudencia”, *A.D.C.*, t. XXXIX, 1986, esp. pp. 1.281 ss., donde también se detallan los distintas posiciones doctrinales al respecto. Fuera de este contexto, aunque centrado en la misma Ley, *Vid.* A. Gullón Ballesteros, “Sobre la disposición transitoria 7ª de la Ley 11/1981, de 13 de mayo, de reforma del Código civil”, *La Ley*, núm. 1936, 1988, pp. 1-2.

⁶⁹ Dentro de las diversas síntesis sobre las doctrinas en presencia destaca la realizada por A. Giardina, *Successione di norme de conflitto*, Milán, Giuffrè, 1977, pp. 65-97. Entre las posiciones que más vigorosamente han defendido la especialidad de las normas de conflicto en la materia cabe retener la de Niedner, según la cual, debido al carácter de Derecho público de dichas normas tienen efecto retroactivo; en la misma dirección pero más moderadamente se pronunciaron F. Kahn e I. Szaszy (*Vid.* “Les conflits de lois dans le temps (Théorie des droits privés)”, *R. des C.*, t. 47 (1934-I), pp. 169-170).

⁷⁰ En nuestro país, J. de Yangüas Messia había rechazado vigorosamente las doctrinas partidarias del principio de retroactividad de las normas de DIPr -recuérdese que este autor era partidario de la denominada concepción estricta-; no obstante, en su opinión, debe prevalecer el respeto a los derechos adquiridos al amparo del sistema legislativo del juez (*Cf. DIPr, op. cit.*, pp. 303-304).

⁷¹ *Vid.* nuestras consideraciones en “Sucesión de normas y DIPr: consideraciones en torno a la crisis de las soluciones unitarias en el el Derecho intertemporal”, *Hacia un nuevo orden internacional y europeo. Estudios en homenaje al profesor D. Manuel Díez de Velasco*, Madrid, Tecnos, 1993, pp. 1349-1370.

frente a un supuesto..., de cambio en el tiempo de los 'métodos de solución' que el DIPr puede utilizar⁷² y que la práctica española ofrece numerosos ejemplos de esta cuestión que reclaman un tratamiento pormenorizado; baste retener la incidencia sobre el art. 10.6º C.c. del art. 1.4º E.T.⁷³, por poner un ejemplo concreto. Del segundo y tercer problema, habla por sí sola una de las más importantes decisiones de la jurisprudencia española en materia de DIPr: la Sent. Aud. Territ. de Granada de 12 de febrero de 1975⁷⁴. En esta decisión se recoge un típico problema de sucesión en el tiempo de la norma de conflicto del foro, del que la doctrina clásica del DIPr ha tenido ocasión de pronunciarse reiteradamente.

No es éste el momento de exponer las soluciones adoptadas acerca del carácter retroactivo de la norma de conflicto, por contraposición al resto de las normas del ordenamiento jurídico. Esta cuestión, alcanza gran relevancia tras la entrada en vigor de un nuevo sistema conflictual (recuérdese la polémica que suscitó la entrada en vigor de la Ley de Introducción al Código Civil alemán en 1900)⁷⁵. Nos limitaremos a advertir que en la hora actual la mayoría de los autores se inclinan decididamente por la solución del problema con el concurso de las normas generales internas sobre irretroactividad de las leyes⁷⁶; si bien existen posiciones más matizadas.

40. Desde la perspectiva del sistema autónomo español la respuesta a esta hipótesis se complica por el hecho de que el Decreto 1.836/1974, de 31 de mayo, guardó silencio sobre el régimen transitorio a seguir⁷⁷, y ante esta omisión habría que poner de manifiesto el tema del eventual carácter retroactivo de la norma de conflicto en el Derecho español: ¿deberán primar los derechos adquiridos, o debe de estarse a la nueva conexión en base a la especialidad de la norma? La primera solución cuenta hoy con los plácemes de la doctrina, pero en estricta aplicación de las disposiciones transitorias del Código Civil -complementarias del actual párrafo 3º del art. 2 de este cuerpo legal- y considerando al DIPr como "Derecho de aplicación del Derecho", el tema es susceptible

⁷² Cf. J.D. González Campos, nota a la Sent. T.S. (Sala 1ª) de 5 de abril de 1966, *R.E.D.I.*, vol. XX, 1967, pp. 307 ss.

⁷³ Vid. M. Moya Escudero, "Reflexiones en torno al párrafo 4º del artículo 1 del Estatuto de los Trabajadores", *A.E.S.J. (Escuela Social de Granada)*, vol. VIII-IX, 1979-80, pp. 349-362; *id.*, "La ley aplicable al contrato de trabajo en DIPr español (Desplazamiento de la conexión autonomía)", *R.E.D.I.*, vol. XXXIV, 1982, pp. 79-97.

⁷⁴ Vid. J.C. Fernández Rozas, "Sucesión en el tiempo de la norma de conflicto y ley rectora del estatuto personal del apátrida", *Bol. Informativo del Departamento de Derecho Político (U.N.E.D.)*, núm. 3, 1979, pp. 201-236; *id.*, "Sobre la ley rectora del estatuto personal del apátrida", *A.E.S.J.*, vols. VIII-IX, 1979-80, pp. 27-76.

⁷⁵ Vid. J. Diena, "De la rétroactivité des dispositions législatives de droit international privé", *Jour. dr. int.*, 1900, pp. 937 ss.; D. Anzilotti, "La questione della retroattività delle regole di Diritto internazionale privato", *Riv. dir. int.*, 1970 (reproducido en sus *Scritti di Diritto internazionale privato*, Padua, 1960, pp. 377-391); A. Giardina, *op. cit.*, pp. 16-21 (con abundante documentación bibliográfica y jurisprudencial); B. Schneider, "L'application dans le temps des nouvelles règles de conflit. L'expérience allemande", *Ann. suisse dr. int.*, vol. XXVIII, 1972, pp. 164 ss.

⁷⁶ Así, A. Miaja de la Muela, tras examinar las doctrinas en presencia y a propósito de la entrada en vigor del Tít. Prel .C.c. de 1974 estimó que "no existe razón alguna para desviarse en su solución del criterio del correspondiente Derecho interno", (*Cf. DIPr, op. cit.*, p. 392).

⁷⁷ La Sent. T.S. (Sala 3ª) de 14 de noviembre de 1974 planteó indirectamente el problema intertemporal respecto a la recepción de los tratados en el Derecho interno español. Recuérdese que la Ley de Bases de 1973 presentaba una concepción dualista, en tanto que el actual art. 1.5º C.c. se inclina por la tesis monista, Vid. la nota de L.I. Sánchez Rodríguez, *R.E.D.I.*, vol. XXX, 1977, P. 126.

de un examen más pormenorizado.

Tomando como referencia los nuevos valores que se incorporarán cuando nuestro legislador se decida a reformar las normas de DIPr del Capítulo IV del Título Preliminar del C.c., debe resaltarse en que esta iniciativa quedaría mermada si no incorpora normas transitorias que extiendan los nuevos valores a las situaciones constituidas con anterioridad sobre la base de la especialización de las materias reguladas. Indudablemente, la regla tradicional sigue siendo válida en materia de obligaciones contractuales, como evidencia, por ejemplo, el art. 17 del Convenio de Roma de 1980, al incorporar el indudable valor de la seguridad jurídica. Mas otras instituciones requieren soluciones más específicas, sobre todo en el ámbito del Derecho de familia, que extiendan las conquistas jurídicas de una sociedad democrática a situaciones generadas con anterioridad (igualdad de los esposos y de los hijos ante la ley, eficiencia global de mercado, etc...). Los ejemplos seguidos en las últimas reformas globales del DIPr en Europa avalan esta afirmación aunque con un contenido diverso⁷⁸. Se trata de una especialización en orden al contenido del DIPr, pero adolece de excesiva generalidad, al no matizar la extensión retroactiva de la ley a determinados supuestos concretos⁷⁹.

4. Inexistencia de una cláusula general de remisión a los tratados internacionales

41. Resta por examinar otra cuestión importante respecto a la aplicación general del sistema de Derecho aplicable: la remisión a los tratados internacionales. Frente a lo que ocurre en las modernas codificaciones de DIPr, la reforma de 1974 no incluyó en el Capítulo IV del Título Preliminar una norma expresa que recordase la primacía de los tratados internacionales en esta materia. Es cierto que existen referencias concretas en algunas normas (art. 9.9º, en relación con los Convenios sobre doble nacionalidad y art. 10.4º respecto a los derechos de propiedad intelectual e industrial), pero no existe una cláusula general de remisión. Indudablemente, en el momento en que se redactó el referido Capítulo los tratados internacionales eran observado con cierto recelo por parte del legislador y ya hemos apuntado su escasa incidencia en aquellos momentos en el sector del Derecho aplicable. Ello no disculpa al redactor del Título Preliminar del C.c de 1974, pues existía una fuerte tradición en nuestro país de afirmar la primacía de los tratados internacionales en otros sectores del DIPr. Baste recordar lo dispuesto en el art. 70 L.E.C. en materia de competencia judicial internacional, en el art. 951 L.E.C. respecto de las sentencias dictadas por Tribunales extranjeros, en el art. 300 L.E.C. en relación con el cumplimiento de los emplazamientos y otras diligencias judiciales procedentes de Tribunales extranjeros, o en el art. 15 del C.c. sobre el ejercicio del comercio por extranjeros en España. Y esta tendencia se reiterará, más recientemente,

⁷⁸ En concreto, la Ley federal suiza de DIPr de 18 de diciembre de 1987, fiel al esquema tripartito (competencia judicial internacional, Derecho aplicable y reconocimiento y ejecución de decisiones), tras establecer con carácter general la regla de la irretroactividad (art. 196), fija soluciones concretas en los tres artículos siguientes para cada uno de estos sectores (*Vid.* G. Broggini, "Regole intertemporali del nuovo diritto internazionale privato svizzero", *Conflits et harmonisation. Mélanges en l'honneur d'Alfred E. von Overbeck*, Friburgo, 1990, pp. 453-470).

⁷⁹ El caso contrario es el de Alemania, pues la disposición transitoria que incluye la Ley de reforma del EGBGB de 1986 es un ejemplo a seguir en cuanto a técnica jurídica (*Rev. crit. dr. int. pr.*, 1987, pp. 185-186). Baste señalar que en extensión supera a la de los arts. 8 a 12 C.c., siendo un ejemplo de especialización de las soluciones en el tiempo afectadas por las nuevas disposiciones.

en el art. 21.1º L.O.P.J. en orden a la determinación de la competencia judicial internacional de los Tribunales españoles; en el art. 276 L.O.P.J. respecto de la cooperación internacional de las actuaciones judiciales; en el art. 1 de la Ley 4/1985, de 21 de marzo, de extradición pasiva; o en el art. 56.1º de la Ley de Arbitraje⁸⁰.

42. Nos encontramos ante una técnica normativa de alto contenido pedagógico que advierte al operador jurídico de la primacía del régimen convencional sobre el sistema autónomo, que sólo es de aplicación con carácter subsidiario cuando se observe la inexistencia de un Convenio internacional en la materia. Y, en un sector como en del Derecho aplicable, tan sensible a la reglamentación internacional, tal cláusula de remisión general parece altamente aconsejable. Ciertamente que en su defecto operan las normas generales del sistema (arts. 93 a 96 C.E. y art. 1.5º C.c.), pero cabe insistir en esa función pedagógica, sobre todo en un sistema que como el español, las normas de origen internacional están devorando progresivamente la regulación contenida en el Capítulo IV del Título Preliminar del C.c., con los consiguientes problemas de delimitación normativa. Estamos en la actualidad ante un ordenamiento caracterizado por la pluralidad normativa y la labor primaria del operador jurídico debe ser la elección de la norma adecuada al caso dentro de dicha pluralidad.

V. LA INTRODUCCIÓN DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN LAS NORMAS DE DIPR DEL CÓDIGO CIVIL

1. Interacción entre los tratados y el Capítulo IV del Título Preliminar del C.c.⁸¹

43. En contraste con lo que ocurriría en otros países de nuestro entorno más inmediato, señaladamente Alemania, Francia, Países Bajos o Suiza, la política de incorporación de España a los instrumentos internacionales rectores del tráfico externo fue, hasta finales de los años ochenta, más bien modesta y suscitó importantes problemas en orden a su elaboración y a su aplicación. En la actualidad, no obstante, se ha producido un giro copernicano y puede afirmarse que la reglamentación convencional es la dominante en el sistema español de DIPr, incluso, en el ámbito de los “conflictos de leyes”. El proceso de reforma política que se inauguró en 1976 ha supuesto una auténtica “revolución” en el sector de las fuentes del DIPr español. No en vano en los últimos años España se ha incorporado a más de medio centenar de tratados multilaterales que afectan directamente a materias propias de DIPr. Baste dar una lectura al *B.O.E.* en estos últimos años, para dejar constancia de una auténtica “euforia internacionalista” en virtud de nuestra vinculación una gran variedad de instrumentos internacionales. Euforia que ofrece un papel positivo en orden a la cooperación internacional⁸², al tiempo que propicia un desarrollo sin precedentes del DIPr español y, lo que es más importante, nos vincula a los resultados alcanzados por la Conferencia de La Haya de DIPr, la C.I.E.C. o el Consejo de Europa. Todo ello con la aludida del

⁸⁰ Vid. nuestras consideraciones en “La primacía de los tratados internacionales en el exequátur de sentencias arbitrales extranjeras”, *R.C.E.A.*, vol. VII, 1991, pp. 9-29.

⁸¹ Vid. sobre este apartado J.C. Fernández Rozas, “Los tratados internacionales en el sistema español de DIPr y su aplicación judicial”, *Cuadernos de Derecho Judicial (I): Problemas actuales de aplicación del Derecho internacional privado por los jueces españoles*, Madrid, C.G.P.J., 1997, pp. 59-158.

⁸² Vid. M. Aguilar Benítez de Lugo, “La cooperación internacional como objeto del DIPr”, *Cursos de Derecho internacional de Vitoria-Gasteiz 1991*, Bilbao, 1991, pp. 171-225.

Convenio de Roma de 1980 sobre ley aplicable a las obligaciones contractuales, fruto de la pertenencia de España a la Comunidad Europea.

Las consecuencias inmediatas de la nueva situación normativa han sido, hasta la fecha, más cuantitativas que cualitativas. Ello se evidencia al observar que los sectores más “internacionalizados” no son otros que el Derecho judicial internacional y el de la cooperación entre autoridades; en concreto, el régimen de la asistencia judicial internacional y el de la colaboración entre autoridades encargadas del Registro civil. Sin embargo en los últimos tiempos empieza a consolidarse progresivamente la normación internacional en torno al sector del Derecho aplicable y en un número cada vez más importante de materias: menores, alimentos, sucesiones, propiedades especiales, obligaciones contractuales, responsabilidad civil.

Mas esta consolidación se está produciendo con una manifiesta falta de coordinación entre las instancias españolas, registrándose procesos correlativos en el tiempo y diversos en su contenido en relación con la codificación interna y la incorporación de España a tratados internacionales sobre la misma materia⁸³. Ello sin olvidar la deficiente traducción española que ofrecen estos textos y el gran número de errores y omisiones que contienen; el hecho de que sea frecuente acudir a la técnica de la “corrección de errores” en el *B.O.E.*, es una buena muestra de la deficiencia con que las autoridades españolas responsables abordan estas cuestiones⁸⁴.

44. Al lado de los problemas derivados de las “relaciones de sistemas”, se encuentran los problemas de aplicación de los tratados internacionales de DIPr por nuestros Tribunales y autoridades⁸⁵. Hasta la fecha se ha podido hablar con razón de una evidente y manifiesta inaplicación⁸⁶, justificada en su día por razones claramente ideológicas y expresada en un recelo de nuestra jurisprudencia hacia todo lo proveniente del exterior. Evidentemente, el periodo histórico que concluyó a finales de los años setenta no era propicio para la plena aplicación del DIPr convencional; debe tenerse en cuenta que en aquellos años dominaba en España una importante reticencia hacia la eficacia directa y hacia la jerarquía de los tratados internacionales en el orden jurídico interno, que no sólo era explícita en la jurisprudencia de los Tribunales de Justicia, sino en amplios sectores doctrinales, que incluso llegaban a otorgar un carácter puramente “cultural” a este tipo de instrumentos. De ahí la necesidad de una cláusula general de remisión a tratados internacionales en el Capítulo IV del Título Preliminar del C.c., a la que hicimos alusión.

45. De igual forma, junto a la clara y simple inaplicación de los tratados internacionales en el ámbito propio del DIPr se ha venido observando hasta tiempos recientes una práctica, desgraciadamente bastante extendida, de incompleta o incorrecta

⁸³ Recuérdese la redacción del art. 9.7º del C.c. en un momento en que nuestro país se incorporaba al régimen de los Convenios de La Haya en materia de alimentos.

⁸⁴ Cf. A. Borrás Rodríguez, “Unificación y traducción al castellano de los Convenios de La Haya de DIPr”, *R.E.D.I.*, vol. XLII, 1990. pp. 703-705.

⁸⁵ Dentro de la doctrina extranjera *Vid.* P. Lagarde, “La condition de réciprocité dans l'application des traités internationaux: son appréciation par le juge interne”, *Rev. crit. dr. int. pr.*, 1975, pp. 25 ss.; A. von Overbeck, “L'application par le juge interne des conventions de droit international privé”, *R. des C.*, t. 132 (1971-I), pp. 1-106.

⁸⁶ La “cifra negra” a la que se ha referido A. Remiro Brotons (Cf. “La aplicación de los tratados internacionales en el Derecho español”, *La Ley*, 17 diciembre 1982, pp. 1 ss.).

aplicación de estos instrumentos por parte de nuestros operadores jurídicos, principalmente de los Tribunales. Dicha práctica, pudo justificarse en una etapa por razones de inexperiencia en tales menesteres y por la inexistencia de repertorios de Convenios completos y puestos al día, sobre todo, en lo que respecta al ámbito de los Estados parte y a los problemas de la aplicación en el tiempo. Pero es inadmisibles en la actualidad. En este punto es totalmente imprescindible una correcta utilización de las “cláusulas finales” de los Convenios antes de la aplicación de sus normas materiales, un control veraz de los Estados parte y un estudio detallado del alcance de las reservas y de las declaraciones interpretativas. Se trata de una labor no exenta de dificultades, que obliga a un conocimiento previo del Derecho de los tratados y en la que son instrumentos de consulta imprescindible las Resoluciones de la Secretaria General Técnica del Ministerio de Asuntos Exteriores, sobre la aplicación del art. 32 del R. Decreto 801/1972, relativo a la ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de tratados internacionales⁸⁷.

No todo ha de ser, sin embargo, negativo. La situación descrita está discurriendo en los últimos tiempos por unos derroteros muy distintos. Y ello con base en lo que hemos calificado de “euforia internacionalista” en la actuación de los Tribunales de justicia españoles, coetánea con una etapa de incorporación masiva de España a tratados internacionales. Frente a una auténtica hostilidad, en unos casos, o a un solapamiento consciente, en otros, (que muchas veces trataba de obviar un desconocimiento manifiesto de las complejas normas sobre aplicación de los tratados) de los textos internacionales que obligaban a España y que eran de pertinente aplicación, se observa ahora una actitud radicalmente distinta, que en el ámbito concreto del DIPr se hace explícita en numerosos fallos.

En la actualidad puede afirmarse que la reglamentación convencional es la dominante en el sistema español de DIPr, incluso, en el ámbito de los “conflictos de leyes”. Por eso, la interpretación y aplicación del Capítulo IV del Título Preliminar del C.c. no puede prescindir de esta dimensión. Lo dicho anteriormente debe verificarse a través de un análisis sectorial que permita comprobar el verdadero alcance de las normas de conflicto del C.c. y de los denominados “problemas de aplicación” que se recogen en el art. 12 de este cuerpo legal.

2. Proyección en las denominadas “normas reguladoras”

46. En orden a la capacidad y estado civil de la persona física la norma de base descansa en el art. 9.1º C.c. y lo propio ocurre con la ley aplicable a las personas jurídicas, que se regula en el art. 9.11º. La incidencia del DIPr convencional en este sector es más que limitada e, incluso en materia de capacidad para contratar el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones

⁸⁷ Dichas Resoluciones, que se publican en el *B.O.E.* generalmente cada cuatro meses, parten de una clasificación-tipo de los tratados multilaterales, cuyas rúbricas más importantes para el DIPr son la “E” (tratados jurídicos) y, dentro de esta, la “E.C.” (Derecho civil e internacional privado), la “G” (marítimos) y la “H” (aéreos), que incluyen, estas últimas, un apartado “C” que recoge los aspectos propios del Derecho privado. Cada Resolución informa, de acuerdo con el art. 32, sobre la participación de otros Estados en aquellos tratados multilaterales en los que España sea parte, con inclusión, en su caso, de las reservas formuladas por esos Estados y de las objeciones a las mismas hechas por España; la retirada de las reservas y cualquier otro acto internacional relativo a la enmienda, modificación, terminación o suspensión de la aplicación de los tratados en los que sea parte España.

contractuales excluye de su ámbito de aplicación el estado civil y la capacidad de las personas físicas, sin perjuicio de lo dispuesto en su art. 11 (art. 1.2º a); asimismo, este texto convencional excluye de su ámbito de aplicación las cuestiones pertenecientes al Derecho de sociedades, asociaciones y personas jurídicas, tales como la constitución, la capacidad jurídica, el funcionamiento interno y la disolución de las sociedades, asociaciones y personas jurídicas, así como la responsabilidad personal legal de los socios y de los órganos por las deudas de la sociedad, asociación o persona jurídica. Sentada esta regla, el régimen convencional modifica algunos aspectos concretos que debe tener en cuenta el operador jurídico en orden a la capacidad para contratar⁸⁸ y a la capacidad para contraer matrimonio⁸⁹. La situación cambia radicalmente si contemplamos el régimen del nombre de las personas físicas, toda vez que la norma general del art. 9.1º C.c. (y la específica contenida en el art. 219 R.R.M.) ha quedado desplazada por el art. 1 del Convenio de Munich de 5 de setiembre de 1980 relativo a la ley aplicable al nombre y los apellidos establece que éstos se determinarán por la ley nacional de la persona. En caso de cambio de nacionalidad, se aplicará la ley del Estado de la nueva nacionalidad. Esta norma de conflicto tiene eficacia *erga omnes*, toda vez que la ley nacional se aplicará aunque se trate de la ley de un Estado no contratante, con lo que sustituye a la reglamentación autónoma.

47. La ley aplicable a la tutela y demás instituciones de protección del incapaz se regula preferentemente por la norma del art. 9.6º C.c., aunque también aquí es sensible la penetración del DIPr, toda vez que en lo que respecta a las medidas de protección sobre menores deben tenerse en cuentas las normas materiales especiales contenidas en el Convenio de Nueva York de 20 de noviembre de 1989 sobre derechos del niño, en especial, los arts. 3, 7, 8, 9, 10, 11, 20, 22, 27.1º, 35 y 41. Asimismo, se aplicarán en España las disposiciones previstas en el Convenio de la Haya de 5 de octubre de 1961 sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores, cuando se trate de toda persona que sea considerada menor de acuerdo con su ley nacional o con la ley de su residencia habitual (art. 12), y, dado que España ha retirado la reserva prevista en el art. 13, independientemente de que el menor ostente la nacionalidad de un Estado parte. Los arts. 1, 3, 4, 5 y 8 del Convenio establecen las reglas fundamentales de competencia y reconocimiento de las medidas de protección de

⁸⁸ Como es bien sabido existe una excepción a la regla general sobre capacidad de las personas físicas en el art. 10.8º C.c. prevé que serán válidos, a efectos del ordenamiento jurídico español, los contratos onerosos celebrados en España por extranjero incapaz conforme a su ley nacional, si la causa de la incapacidad no estuviere reconocida en la legislación española. Esta regla no se aplicará a los contratos relativos a inmuebles situados en el extranjero. Una vez en vigor el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, dicho precepto ha sido desplazado por su art. 11, conforme al cual en los contratos celebrados entre personas que se encuentren en un mismo país, las personas físicas que gocen de capacidad de conformidad con la ley de ese país sólo podrán invocar su incapacidad resultante de otra ley si, en el momento de celebración del contrato, la otra parte hubiera conocido tal incapacidad o la hubiera ignorado en virtud de imprudencia por su parte.

⁸⁹ La capacidad para contraer matrimonio está afectada por la norma especial contenida en el art. 2 del Convenio de Nueva York de 20 de diciembre de 1962 relativo al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos. En virtud del mismo, los Estados parte, entre los que se encuentra España, adoptarán las medidas legislativas para determinar la edad mínima para contraer matrimonio. No podrán contraer legalmente matrimonio las personas que no hayan cumplido esa edad, salvo que la autoridad competente, por causas justificadas y en interés de los contrayentes, dispense el requisito de edad.

menores adoptadas, según los casos, por las autoridades de la residencia habitual o nacionalidad del menor, siendo la regla de Derecho aplicable la de la aplicación de la ley interna de la autoridad, conforme a la que se adoptarán las medidas de protección y se registrarán los efectos de tales medidas, tanto en lo que concierne a las relaciones entre el menor y las personas o instituciones a cuyo cargo esté, como respecto de terceros. Aparte de este texto internacional, en el ámbito de la cooperación entre autoridades debe tenerse en cuenta el Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980 sobre los aspectos civiles en la sustracción internacional de menores, así como los arts. 2 a 6 del Convenio europeo de Luxemburgo de 20 de mayo de 1980 relativo al reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores, así como al restablecimiento de dicha custodia.

48. Las cuestiones de DIPr que comporta la celebración del matrimonio se regulan en España, al contrario que en los casos anteriores, por normas de carácter material (arts. 49 a 51 C.c.) y también este sector la incidencia del DIPr convencional es significativa, pues el art. 4º del Convenio de París de 10 de setiembre de 1964 tendente a facilitar la celebración de los matrimonios en el extranjero prevé que las publicaciones previas a los matrimonios celebrados en la forma local en el territorio de uno de los Estados contratantes se registrarán exclusivamente por la ley interna de ese Estado. Además, de acuerdo con el art. 1 del Convenio de Nueva York de 20 de diciembre de 1962 relativo al consentimiento para el matrimonio, edad mínima para contraer matrimonio y registro de los mismos, no podrá contraerse legalmente matrimonio sin el pleno y libre consentimiento de ambos contrayentes, expresados por éstos en persona, después de la debida publicidad, ante la autoridad competente para formalizar el matrimonio y testigos, de acuerdo con la ley. No obstante, no será necesario que una de las partes esté presente cuando la autoridad competente esté convencida de que las circunstancias son excepcionales y de que tal parte, ante una autoridad competente y del modo prescrito por la ley, ha expresado su consentimiento, sin haberlo retirado posteriormente.

La ley aplicable a los efectos del matrimonio se rige por los párrafos 2º y 3º del art. 9 C.c. y no queda afectada por el régimen convencional. Téngase en cuenta que el art. 1.2º b) del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales excluye de su ámbito de aplicación los regímenes matrimoniales, así como los derechos y deberes derivados de las relaciones de familia, de parentesco, del matrimonio o afinidad. Lo mismo ocurre con la ley aplicable a la separación, al divorcio (art. 107.1º C.c.), a la filiación y a las relaciones parternofiliales (art. 9.4º C.c.) si bien en este último caso han de tenerse en cuenta las normas materiales contenidas en los arts. 18 y 27.2º y 3º del Convenio de Nueva York de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño. Y, en lo que se refiere a la adopción las normas del art. 9.5º C/c están completadas por las normas especiales contenidas en el art. 21 del Convenio de Nueva York de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño y en el Convenio de La Haya de 29 de mayo de 1993 relativo a la protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional.

49. Por descontado, el régimen de los alimentos entre parientes es uno de los sectores del DIPr más afectado por el Derecho convencional. En concreto, el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias constituye un texto de aplicación universal (art. 3) que abarca las obligaciones alimenticias derivadas de las relaciones de familia, parentesco, afinidad o matrimonio,

comprendidas las obligaciones alimenticias respecto de un hijo no legítimo (art. 1), con lo cual sustituye completamente lo dispuesto en el art. 9.7º C.c.. Unicamente no se aplicará el Convenio en las relaciones con Bélgica, Austria y Liechtenstein, al hallarse obligada España, en relación con esos tres Estados, por el Convenio de La Haya sobre la misma materia de 1956. En cuanto al pago de los alimentos a menores por parte de los padres u otras personas que tengan su responsabilidad, debe tomarse en consideración el art. 24.4º del Convenio de Nueva York de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño. Con carácter más general, se halla en vigor para España el instrumento de cooperación internacional constituido por el Convenio de Nueva York de 20 de junio de 1956 sobre obtención de alimentos en el extranjero. Debe tenerse en cuenta, además, que el art. 1.2º b) del Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales excluye de su ámbito de aplicación los derechos y deberes derivados de relaciones de parentesco, así como las obligaciones de dar alimentos respecto a los hijos no matrimoniales.

50. Del mismo modo el régimen de la sucesión por causa de muerte, regulado por el art. 9.8º C.c. registra una incidencia importante del DIPr convencional, toda vez que la ley aplicable a la forma de las disposiciones testamentarias se determina conforme al Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias, que por su eficacia universal (art. 6), así como por su ámbito de aplicación material (arts. 2, 3 y 5) sustituye lo dispuesto sobre el particular en los arts. 11, 732 y 733 C.c.. En el ámbito de la cooperación internacional entre autoridades, debe señalarse la vigencia en España del Convenio relativo al establecimiento de un sistema de inscripción de testamentos, hecho en Basilea el 16 de mayo de 1972 y los arts. 33 a 43 del Convenio consular entre España y el Reino Unido de 30 de mayo de 1961. No debe olvidarse que el art. 1.2º b) del Convenio de Roma sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales excluye de su ámbito de aplicación las obligaciones contractuales relativas a los testamentos y sucesiones.

51. El capítulo de la ley aplicable a las obligaciones contractuales y no contractuales registra un protagonismo tan relevante del DIPr convencional que ha tenido la virtud de convertir en residuales las normas de conflicto del C.c. Por lo que respecta a las primeras. Las reglas generales de nuestro sistema, se incluyen en el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales, dentro de su ámbito de aplicación material (art. 1), y dado su carácter universal (art.2). También las obligaciones derivadas del contrato de trabajo, se rigen por el Convenio de Roma de 19 de junio de 1980 sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales sustituyendo la regulación del art. 10.6º C.c.. El Convenio excluye, sin embargo, de su ámbito de aplicación una serie de modalidades contractuales tales como las obligaciones cambiarias, los acuerdos de elección de foro, constitución de *trust*, etc (art. 1.2º). Para estos supuestos y sin perjuicio de la aplicación de disposiciones de carácter específico, sigue vigente la antigua reglamentación general contenida en el art. 10 C/c. Asimismo, dichas disposiciones generales rigen los contratos celebrados con anterioridad a la entrada en vigor del Convenio de Roma (art. 17), que para España tuvo lugar el 1 de setiembre de 1993. Las modalidades contractuales excluidas del Convenio se rigen, asimismo, en cuanto a la forma por el art. 11 C.c. El Convenio de Roma excluye de su ámbito de aplicación ciertas cuestiones que siguen reguladas por el DIPr autónomo. En primer lugar, la cuestión de saber si un intermediario puede obligar frente a terceros a la

persona por cuya cuenta pretende actuar (que se determina, en todo caso, conforme al art. 10.11º C.c.), o si un órgano de una sociedad, de una asociación o una persona jurídica puede obligar frente a terceros a esta sociedad, asociación o persona jurídica; en segundo lugar, las obligaciones derivadas de letras de cambio, cheques y pagarés, así como de otros instrumentos negociables en la medida en que las obligaciones surgidas de estos otros instrumentos se deriven de su carácter negociable; en tercer lugar, los convenios de arbitraje y de elección de foro.

Los contratos de compraventa internacional de mercancías siguen, no obstante, las reglas materiales especiales contenidas en el Convenio de Viena de 11 de abril de 1980 sobre los contratos de compraventa internacional de mercancías, cuya aplicación procede, con carácter general, cuando las partes tienen sus establecimientos en Estados diferentes y esos Estados sean Estados contratantes, o cuando las normas de DIPr prevean la aplicación de la ley de un Estado contratante. Una mayor precisión del ámbito de aplicación de este Convenio se encuentra en las disposiciones de sus arts. 1 a 6. El Convenio está en vigor para una treintena de Estados, entre ellos España.

52. Evidentemente el art. 10.9º.I C.c. contiene una norma general para determinar la ley aplicable a las obligaciones no contractuales; no obstante las excepciones a la misma incluidas en Convenios internacionales reducen hasta límites insospechados su margen de aplicación. Así, para los accidentes de circulación por carretera y la responsabilidad derivada de los mismos, en la medida en que se hallen comprendidos en el ámbito de aplicación material del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera (ámbito de aplicación material que viene determinado por lo dispuesto en los arts. 1, 2 y 13 del Convenio), el Convenio sustituye por completo lo dispuesto en el art. 10.9º C.c., dada su eficacia universal (art. 11). De igual modo, para la responsabilidad por los daños producidos por un producto, en la medida en que se halle comprendida en el ámbito de aplicación material del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos (ámbito de aplicación material que viene determinado, para España, por lo dispuesto en los arts. 1, 2, 3, 13 y 16.2º del Convenio), el Convenio sustituye por completo lo dispuesto en el art. 10.9º C.c., dada su eficacia universal y *erga omnes* (art. 11). Junto a estos dos importantes supuestos es preciso tener presentes las normas materiales especiales contenidas en los siguientes textos internacionales: Convenio de Bruselas de 23 de setiembre de 1910 para la unificación de ciertas reglas en materia de abordaje; Convenio de Roma de 7 de octubre de 1952 sobre daños causados a terceros en la superficie por aeronaves extranjeras; Convenio de París de 29 de julio de 1960 sobre responsabilidad civil en materia nuclear; Convenio de Bruselas de 29 de noviembre de 1969 sobre responsabilidad civil por daños causados por la contaminación de las aguas de mar por hidrocarburos. Asimismo, en el ámbito del Derecho marítimo, conviene destacar los Convenios de Bruselas de 25 de agosto de 1924 y 10 de octubre de 1957, así como el Convenio de Londres de 19 de noviembre de 1976 sobre limitación de la responsabilidad nacida de reclamaciones de Derecho marítimo.

53. El sector de los derechos reales al contrario del que acabamos de examinar mantiene con carácter general la norma del DIPr autónomo (art. 10.1º C.c.), sobre todo en los que respecta a los denominados “bienes corporales”, aunque también se percibe cierta incidencia del DIPr convencional en lo relativo al régimen de los bienes

culturales por obra del Convenio de la UNESCO sobre medidas que deben adoptarse para prohibir la importación, la exportación y la transferencia de propiedad ilícitas de bienes culturales, hecho en París el 17 de diciembre de 1970. Se registra, sin embargo, una excepción importante en orden a los derechos de propiedad intelectual e industrial pues el art. 10.4º C.c. afirma que se protegerán dentro del territorio español de acuerdo con la ley española, sin perjuicio de lo establecido por los convenios y tratados internacionales en los que España sea parte. En tal sentido ofrece un interés especial para el operador jurídico el denominado “Derecho unionista” que preside el Convenio de Berna para la protección de las obras literarias y artísticas de 9 de setiembre de 1886 y el Convenio universal sobre derechos de autor de Ginebra de 5 de setiembre de 1952 y sus modificaciones sucesivas. Asimismo, en materia de propiedad industrial deben retenerse numerosos textos convencionales, en particular: Convenio de París para la protección de la propiedad industrial de 20 de marzo de 1883, revisado en Estocolmo el 14 de julio de 1967; Tratado de Washington de cooperación en materia de patentes de 19 de junio de 1970, enmendado el 2 de octubre de 1979 y modificado el 3 de febrero de 1984; Convenio de Munich sobre concesión de patentes europeas de 5 de octubre de 1973; Arreglo de Madrid relativo al registro internacional de marcas de 14 de abril de 1891, revisado en Estocolmo el 14 de julio de 1967. El Convenio de Luxemburgo de 1989 sobre patente comunitaria no está aún en vigor.

3. Proyección en los denominados “problemas de aplicación “

54. El operador jurídico debe tener muy presente que la sede legal, autónoma o convencional, de la norma reguladora condiciona la solución de los denominados problemas generales de aplicación. De esta suerte, como regla general debe afirmarse que las soluciones que ofrece el art. 12 C.c. son aplicables exclusivamente para la puesta en marcha del proyecto de reglamentación previsto en las normas de conflictos del DIPr autónomo español. Si la norma pertinente para la solución del caso concreto descansa en un Convenio internacional, los problemas de aplicación deberán resolverse a través de las propias soluciones previstas en el Convenio.

55. Un primer ejemplo viene dado con la institución del reenvío. Es cierto que la solución del art. 12.2º C.c. es la general del sistema autónomo de DIPr, pero no la única en nuestro ordenamiento. Al margen de las soluciones ofrecidas por los arts. 98 y 162 de la Ley 19/1985, de 16 de julio, Cambiaría y del Cheque, fruto de una preocupante descoordinación del legislador español, debemos de hacernos eco de que la aplicación del reenvío puede y debe ser descartada, en muchos casos, en la aplicación de las normas de conflicto de origen convencional. En algunos textos, dicha exclusión es expresa, en línea con la reciente evolución del DIPr y con la tendencia a eliminar el reenvío en el ámbito patrimonial. Así, el Convenio de Roma de 1980 excluye cualquier posibilidad de reenvío al establecer su art. 15 que cuando sus normas prescriban “la aplicación de la ley de un país, se entenderá por tal las normas jurídicas en vigor en ese país, con exclusión de las normas de DIPr”. Pero, además, en muchos textos convencionales es implícita la aplicación del Derecho material extranjero, con exclusión de las normas de DIPr. Ello es patente en relación con el art. 4 del Convenio de la Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, que se refiere a la “ley interna”, de la residencia habitual del acreedor de alimentos. Esta consecuencia es perfectamente evidente cuando, como ocurre en el ejemplo citado, las

normas de conflicto convencionales persiguen un fin u orientación material de protección del interés de una de las partes, que quedaría conculcado si los sistemas internos articularan un reenvío capaz de desviar hacia otra ley, en especial a la ley del foro, la regulación del supuesto, en detrimento de la ley designada por la conexión y reduciendo al vacío el contenido del propio régimen convencional.

Supuestos similares de exclusión del reenvío en textos convencionales que obligan a España se encuentran, por ejemplo, en el art. 4 en relación con el art. 10 del Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos; art. 3 en relación con el art. 10 del Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera y art. 1 en relación con el art. 7 del Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre los conflictos de leyes en materia de forma de las disposiciones testamentarias. En todos estos textos, idéntica referencia al Derecho “interno” entendido como Derecho “material”, junto a la exclusión de otros supuestos de inaplicación de la norma designada distintos a la excepción de orden público aboga por una exclusión del reenvío cuando las normas convencionales sean de aplicación. En contrapartida, existen convenios que explícitamente recogen el reenvío (art. 43.1º del Convenio de Washington de 18 de marzo de 1965 para regular las diferencias relativas a las inversiones entre Estados y particulares nacionales de otro Estado), o, implícitamente, contemplan una remisión integral a la ley aplicable, incluidas las normas de DIPr (Convenio de Munich de 5 de septiembre de 1980 sobre la ley aplicable a los nombres y apellidos).

56. Un segundo ejemplo se observa en la notable diferencia existente entre DIPr autónomo y DIPr convencional en orden a la regulación del orden público y, en concreto, respecto a su nota de excepcionalidad. En efecto, la ley o la decisión extranjera ha de implicar una contradicción “manifiesta” con los principios jurídicos fundamentales, sin que sea suficiente una mera referencia de contenido. Es cierto que el art. 12.3º C.c. no incluye la expresión “manifiestamente incompatible”, pero la participación de España en un importante número de Convenios de DIPr (principalmente de la Conferencia de La Haya y de la CIEC), que incorporan esta cláusula. Ello muestra una evidente descoordinación entre el legislador interno a la hora de construir el sistema de DIPr autónomo y de adherirse a los textos de carácter internacional.

Cuando en numerosos Convenios de DIPr la noción de orden público se había restringido el legislador se mantuvo, incomprensiblemente, en una acepción radical y rígida que debe ser revisada si el sistema español quiere adaptarse a las modernas exigencias del tráfico externo. Afortunadamente, esta tendencia reductora del alcance del orden público es manifiesta en la doctrina registral, con afirmaciones tales como la de que: “... en el campo internacional la excepción de orden público, por suponer una quiebra de la comunidad jurídica universal, ha de ser interpretada y aplicada restrictivamente”. Indudablemente se trata de una aportación procedente del DIPr convencional que ha ejercido una sana proyección en nuestro DIPr autónomo.

57. Por último, un tercer ejemplo lo ofrece la diversidad de soluciones en torno a la remisión efectuada a un sistema plurilegislativo. En efecto, la solución prevista en el art. 12.5º C.c. queda desplazada en determinadas materias, por existir normas específicas en algunas convenios internacionales. Centrándonos en los Convenios que están en vigor

para España, nos encontramos con supuestos tanto de remisión directa o indirecta, como de remisión mixta. La remisión directa, como técnica para resolver el problema de la remisión a un sistema plurilegislativo, se contempla en el Convenio de La Haya de 4 de mayo de 1971 sobre la ley aplicable en materia de accidentes de circulación por carretera, y en el Convenio de La Haya de 2 de octubre de 1973 sobre la ley aplicable a la responsabilidad por productos. En ambos casos, el sistema de remisión directa es perfectamente apropiado a la naturaleza de la materia regulada, dado que excluye la posibilidad de conflictos interpersonales, ciñéndose, obviamente, a la eventualidad de remisión a un sistema plurilegislativo de base territorial.

La técnica de la remisión indirecta se utiliza, en contrapartida, en el art. 16 del Convenio sobre la ley aplicable a las obligaciones alimenticias, hecho en La Haya el 2 de octubre de 1973, al prever que “cuando deba tomarse en consideración la ley de un Estado que, en materia de obligaciones alimenticias, tenga dos o más sistemas jurídicos de aplicación territorial o personal - como pueden ser los supuestos en los que se hace referencia a la ley de la residencia habitual del acreedor o del deudor o a la ley nacional común -, se aplicará el sistema designado por las normas en vigor de dicho Estado o, en su defecto, el sistema con el cual los interesados estuvieran más estrechamente vinculados”. A diferencia del art. 12.5º C.c., el Convenio prevé una solución de cierre, aunque peca asimismo de una rigidez y formalismo poco compatible con la orientación material de las normas de conflicto prevista en el mismo texto convencional.

Finalmente, la remisión mixta en la solución por la que opta el Convenio de La Haya de 5 de octubre de 1961 sobre conflictos de leyes en materia de disposiciones testamentarias. Su art. 1 prevé, en su primer párrafo, la validez formal del testamento conforme a cualquiera de las siguientes conexiones, que actúan alternativamente: ley del lugar del otorgamiento; ley de la nacionalidad, del domicilio o del lugar de residencia habitual del testador, sea en el momento en que dispuso, sea en el momento de su fallecimiento; o ley del lugar en que están situados, respecto a los bienes inmuebles. Dicho precepto efectúa, con carácter general, una remisión directa, no a la ley de un Estado, sino a la ley territorial interna de dicho Estado a que conduzca la conexión territorial: lugar del otorgamiento, domicilio, residencia habitual o situación del inmueble. Ello se desprende, en primer lugar, del tenor literal del precepto, que en ningún caso se refiere a la ley de un Estado, sino a la “ley interna del lugar” correspondiente, aunque ésta es una locución cuyo principal objetivo era obviar el funcionamiento del reenvío. Pero, sobre todo, se infiere de una interpretación lógica de la cláusula a la remisión a un sistema plurilegislativo contenida en el párrafo segundo, que se refiere únicamente a la remisión operada a un sistema plurilegislativo a partir de la conexión nacionalidad, obviamente por entenderse que, en otro caso, la remisión directa permite una concreta localización territorial de la ley interna aplicable dentro del sistema plurilegislativo. En efecto, conforme a lo dicho, la remisión directa es una solución adecuada si la conexión permite una localización territorial, pero es inviable en el caso de que dicha conexión sea la nacionalidad. A tal efecto, el art. 1.II del Convenio incorpora una norma de aplicación consistente en que “a los fines del presente Convenio, si la ley nacional consiste en un sistema no unificado, la ley aplicable quedará determinada por las normas vigentes en dicho sistema, y en defecto de tales normas, por el vínculo más efectivo que tuviera el testador con una de las legislaciones que componen este sistema”, es decir, incorpora un sistema de remisión indirecta.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

58. Valorando la reforma del Capítulo IV del Título Preliminar del C.c. en lo concerniente a las normas de DIPr A. Hernández Gil sostuvo, con razón, el claro predominio de la innovación frente a las “reglas parcas” del antiguo texto resaltando las ventajas de la formulación bilateral⁹⁰. Con independencia de la diversidad de procedimientos de producción jurídica inherentes al sistema español del DIPr, si nos detenemos en aquéllos producto del legislador estatal, podremos observar que también aquí se asiste a una marcada dispersión normativa, que incide directamente en la regulación del Capítulo IV del Título Preliminar del C.c. No existe, como en gran parte de los círculos jurídicos de nuestro entorno, una “Ley Especial” que regule, al menos, un sector sustancial de los problemas del tráfico jurídico externo. En general, los distintos sectores que conforman el contenido del DIPr se insertan en cuerpos legales diversos y, en ocasiones de distinto rango legal, lo cual suscita serios problemas en orden a la respuesta articulada de las soluciones en presencia.

Constituye el sector del Derecho aplicable el núcleo normativo principal del DIPr español descansando en el C.c. y, como se ha indicado, fundamentalmente en el Capítulo IV de su Título Preliminar. Desde 1943 se ha confinado la reforma al cauce del mencionado Título, excluyéndose la posibilidad de regular esta materia, tanto en su dimensión internacional como interregional, a través de una Ley Especial. La solución adoptada por el legislador español ni favorece la autonomía formal de nuestro DIPr ni facilita una consideración unitaria de sus problemas. Basta dar una somera visión a los resultados de la reforma del Título Preliminar de 1974 para observar cómo se ha recargado con un amplio número de disposiciones el estrecho cauce marcado por los arts. 8 a 16 C.c. Se ha pasado, en efecto, de un sistema rudimentario de normas de conflicto a un sistema mucho más complejo, que obliga a referirse a párrafos, apartados y subapartados, que dicen muy poco en favor del resultado codificador, obsesionado con conservar una inadecuada sede legal⁹¹. Mal pueden albergar cinco preceptos del C.c., pese a su contenido conflictualista y generalista, un sistema de DIPr en su conjunto.

Esta situación ha sido objeto de una crítica constante por la unanimidad de la doctrina española⁹². Una Ley Especial de DIPr facilitaría, ciertamente, una regulación más detenida de los distintos problemas del tráfico privado externo, incluso aunque la reforma se confinase (lo que no es deseable) al ámbito concreto del Derecho aplicable. Pero sería menester una Ley que posibilitara, de una vez por todas, la reglamentación de conjunto de los diferentes sectores del DIPr español profundizando en sus relaciones mutuas. Sin embargo, no es esta la situación presente y no parece que sea la que pueda presidir un futuro inmediato. Los designios del legislador se orientan marcadamente hacia la dispersión. Esto se evidencia en el Anteproyecto de reforma de las normas de DIPr del Título Preliminar del C.c. elaborado por la C.G.C. en 1983, para adecuar éstas a los preceptos constitucionales, que ha quedado relegado, pero que muestra, bien a las

⁹⁰ Cf. A. Hernández Gil, “Génesis y aportaciones...”, *loc. cit.*, p. 380.

⁹¹ Cf. J.A. Carrillo Salcedo, “Le nouveau droit international privé espagnol”, *Ann. suisse dr. int.*, vol. XXXII, 1976, p. 32.

⁹² Desde 1935, al menos, cabe registrar las propuestas de M. Lasala LLanas de llevar a una o a dos “Leyes Especiales” la regulación de los problemas de DIPr e interregional y, a partir de aquella fecha, la idea se ha convertido en una referencia mayoritariamente aceptada por los internacionalistas españoles, siendo de destacar la defensa de esta solución realizada por A. Miaja de la Muela, L. García Arias, M. Aguilar Navarro y J.D. González Campos, entre otros.

claras, una tónica continuista; tónica que, por otra parte, refleja la Ley 21/1987 sobre adopción que, aprovechando una reforma de carácter material, prestó atención a las cuestiones de DIPr y de Derecho intertemporal, limitándose a reformar dos párrafos del ya de por sí abultado art. 9 C.c. Pero esta técnica no es la única. Cuando se introdujo, en virtud de la Ley 30/1981 la nueva ordenación del matrimonio y del divorcio, las cuestiones de DIPr no fueron consideradas en lo que debería ser su cauce normal, el Título Preliminar del C.c., sino que el legislador decidió añadir un Capítulo *ad hoc* al Tít. IV del Libro I del C.c. con el título “Normas de DIPr”. Es decir, al margen de la referencia a este tipo de normas en otros cuerpos legales, el propio C.c. es exponente de su dispersión. Como puede observarse, la carencia de una Ley Especial obliga a indagar en textos legales muy dispersos e, incluso, en rúbricas distintas dentro del propio C.c. y ello, sólo en relación con los problemas del Derecho aplicable. En cualquier caso, una Ley Especial no es necesariamente la panacea de una sana política codificadora.

59. No se vislumbra, sin embargo, a corto plazo una reforma del Título Preliminar del C.c. pese a las críticas expuestas. Acaso sea ello mejor y resulte más aconsejable abordar la revisión global del sistema bien siguiendo el modelo alemán (Ley que deja a salvo la sede actual de los preceptos de DIPr) o los modelos suizo e italiano de la Ley especial. Sea cual sea el cauce que se elija en el futuro, debemos hacernos eco por el momento de que la Sección de lo Civil C.G.C. ha trabajado en una eventual revisión parcial de alguno de los preceptos del Título que examinamos entre los años 1981 a 1983, lo cual se ha traducido en un Anteproyecto publicado en el *B.I.M.J.* en 1985, de alcance muy limitado. Pese a que no sea un texto de modificación global del sistema resulta un documento precioso para una codificación futura, debido a su calidad técnica y a los valores jurídicos que incorpora⁹³.

60. Veinticinco años después el Capítulo IV del Título Preliminar del C.c. puede considerarse como una reliquia histórica. La labor del legislador en este último período se ha traducido con carácter general una especialización normativa de tal entidad para las relaciones del tráfico privado externo que las soluciones generales contenidas en los arts. 8 a 12 del C.c. se han convertido en residuales⁹⁴. Pero ha sido la participación masiva de España en tratados internacionales de DIPr la que ha contribuido en mayor medida a acentuar esta nota. Por ello, hoy sólo puede comprenderse el sistema a partir de la “codificación privada” lo cual no contribuye en modo alguno a garantizar la seguridad jurídica y relega gran parte de las soluciones a los problemas de DIPr a una complejísima operación previa de delimitación normativa. Si ya de por sí la puesta en marcha de las normas sobre Derecho aplicable es complicada el ordenamiento español ha incorporado una dificultad más que obliga a soluciones didácticas. Ello sin olvidar

⁹³ *B.I.M.J.*, núm. 1405, 1985.

⁹⁴ No puede ser más elocuente el tratamiento dispensado a este apartado en la recopilación normativa de DIPr de mayor circulación en España, toda vez que el Capítulo IV del Título Preliminar aparece en la página 547 (Cf. A. Borrás Rodríguez, N. Bouza Vidal, J.D. González Campos y M. Virgós Soriano, *Legislación básica de Derecho internacional privado*, 9ª ed., Madrid, Tecnos, 1999). En esta obra se realiza una importante labor didáctica (pp. 547-564) que permite al operador jurídico identificar el régimen legal aplicable a partir de las notas a pie de página que incorporan los arts. 8 a 12 del C.c.. Dicha labor también es muy meritoria en otro repertorio legal al uso que, al contrario del anterior, se inicia con los preceptos citados (Cf. S. Álvarez González, C. Esplugues Mota, P. Rodríguez Mateos y S. Sánchez Lorenzo, *Legislación de Derecho internacional privado*, 2ª ed., Granada, Comares, 1999, pp. 3-15).

las nuevas contrariedades que se añadirán con la puesta en marcha de los arts. 65 y 67 del TCE tras la versión efectuada por el Tratado de Amsterdam. Junto a los problemas actuales cabe vislumbrar malos tiempos para el operador jurídico español que hacen de algún modo añorar el, aunque imperfecto, comfortable mecanismo elaborado hace veinticinco años.